Der Widerruf des Testaments

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Christian Hösl
aus Nabburg
Referendar am Landgericht zu Regensburg

Approbiert am 27. Mai 1930

Buchdruckerei Jos. Scheidler, Regensburg-Steinweg
1930

30:214

Referent: Geh. Just. Rat, Univ.-Prof. Dr. Kübler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

in Dankbarkeit gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550003_0104

Literatur-Verzeichnis.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten.

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begr. von Gruchot. (Gruch. Beitr.)

Buchka, Vergleichende Darstellung des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. V, Erbrecht.

Das Recht, herausgegeben von Lindemann und Soergl. („Recht").

Dernburg, Pandekten.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Bd. V, Deutsches Erbrecht.

Enneccerus, Lehrbuch des BGB. 5. Teil von Kipp.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.)

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt. (RJA.)

Fischer-Henle, BGB. Handausgabe mit Anm.

Frommhold, Kommentar zum BGB. Das Erbrecht von Frommhold.

Juristische Wochenschrift (JW.)

Kretzschmar, Das Erbrecht des BGB.

Leonhard, Kommentar zum 5. Buche des BGB. Erbrecht.

Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch.

Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs.

Peiser, Handbuch des Testamentsrechts.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. V Erbrecht.

RGR-K, Das BGB. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann (OLG).

Sächsisches Archiv, für Rechtspflege (Sächs. Arch.)

Sauer, Testamente und Erbverträge.

Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung (Seuff. Bl.)

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht.

Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. V Erbrecht von Herzfelder.

Stein-Jonas, Zivilprozessordnung.

Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB. Bd. I., 3. Auflage.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. III.

Wilke, Das Bürgl. GB mit Kommentar.

Zeitschrift für das bayerische Notariat und für die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern (BayNotZ).

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (BayZ).

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, sowie Zwangsversteigerung (ZBIFG).

Inhaltsübersicht.

§ 1. Einleitung.
§ 2. Das Wesen des Widerrufs des Testaments.
§ 3. Der Widerruf des Testaments im römischen und gemeinen Recht.

I. Der Widerruf des Testaments.

§ 4. Allgemeines.
§ 5. Die Widerrufsfähigkeit.
§ 6. Der Widerruf durch Testament.
§ 7. Der Widerruf durch Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde.
§ 8. Der Widerruf durch Rücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung.
§ 9. Die Wirkung des Widerrufs.
§ 10. Anfechtung und Widerruf des Widerrufs.

II. Der Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments.

§ 11. Der Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments und der gemeinschaftliche Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen.

III. Der einseitige Widerruf von wechselbezüglichen Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments.

§ 12. Der Widerruf bei Lebzeiten der beiden Ehegatten.
§ 13. Der Widerruf nach dem Tode des einen Ehegatten.

§ 1.

Einleitung.

Den Gesetzen einer beständigen Wirtschaftsordnung entspricht es, dem Einzelnen sein Privateigentum zu gewährleisten und ihn sein Gut unbeschränkt verwalten und nutznießen zu lassen. Auf diese Forderung der menschlichen Natur haben die Staaten, wollten sie sich nicht der wichtigsten Grundlage ihrer Existenz berauben, auch immer gehört und deshalb das Privateigentum ihrer Staatsbürger geschützt. Versuche, dieses Gesetz zu durchbrechen wurden wohl gemacht, haben aber immer mit einem kläglichen Fiasko geendet; bilden doch die Aussichten auf die mit dem Privateigentum verbundenen persönlichen Freiheiten und Gewinne für den Durchschnittsmenschen einen wichtigen Antrieb des Fleißes, der Sparsamkeit und der Unternehmungslust.

Eng verbunden mit dem Begriff des Eigentums ist das Recht der Vererblichkeit. Die Möglichkeit über sein Vermögen in vollem Umfang „letzwillig" verfügen zu können, ist volkswirtschaftlich gesehen, von größter Bedeutung; denn gerade der Gedanke, seinen Kindern oder nahestehenden Personen die Früchte der Arbeit nach dem Tode verschaffen zu können, hebt die Arbeitslust, veranlaßt zu Sparsamkeit und hütet den Besitzer vor Verschwendung.

Ausschlaggebend allein ist aber nicht nur, dass der Erblasser Anordnungen für den Fall seines Todes treffen kann, sondern er muss auch die Möglichkeit haben, sie seinem Willen entsprechend zu ändern oder wieder aufzuheben. Die jederzeitige freie Widerruflichkeit entspricht dem Wesen der letztwilligen Verfügung, die diesem Begriffsmerkmal mit ihren Namen verdankt. Schon im römischen Recht wurde diese freie Widerruflichkeit durch den Satz: [1]) „Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum", des Menschen Wille ist veränderlich bis zum letzten Augenblicke seines Lebens, anerkannt.

---

[1]) l. 4. D. de adimendis legat. 34,4.

Wollte man den Erblasser an seine einmal getroffenen Verfügungen endgültig binden, so würde er dadurch gezwungen sein, die Errichtung seiner Verfügungen hinauszuschieben, da er mit dem Eintreten unvorhersehbarer Umstände rechnen muß, die eine Anpassung seiner Verfügungen an die veränderte Sachlage erforderlich machen. Die Widerrufsmöglichkeit schafft also erst die Voraussetzung dafür, daß beim Tode des Erblassers wirklich dessen letzter Wille seine entscheidende Wirkung ausübt.

Von diesem Gesichtspunkte ausgehend, muß man daher zu dem Ergebnis gelangen, daß auch das Recht zum Widerruf letztwilliger Verfügungen mit dem Begriff des Privateigentums, wenigstens nach seiner erbrechtlichen Seite hin, in einem gewissen inneren Zusammenhang steht. Gerade aus diesem Grunde ist es sicherlich angebracht, auch den Widerruf des Testaments, seine Voraussetzungen und seine Folgen einer eingehenderen Würdigung zu unterziehen.

§ 2.

Das Wesen des Widerrufs des Testaments.

Um das Wesen des Widerrufs des Testaments zu erfassen, muß von der Wirkung des Widerrufs ausgehend unterschieden werden zwischen Nichtigkeit und Unwirksamkeit des Testaments.

Im Falle der Nichtigkeit ist das Testament von vorneherein ungültig und ohne jede Wirkung (test. nullum). Entbehrt z. B. ein Testament der Form der Errichtung, so ist es, wie wenn überhaupt nichts geschehen wäre.

Von Unwirksamkeit spricht man, wenn ein von Anfang an rechtsgültiges Testament nachträglich seine Gültigkeit verliert.

Dies kann geschehen durch den Eintritt gewisser Umstände, die, indem sie einen vom Gesetzgeber vorgezeichneten Tatbestand erfüllen, eine letztwillige Verfügung ohne Mitwirkung des Testators ihrer Wirkung entkleiden. So ist z. B. nach § 2077 BGB eine letzwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat im Zweifel unwirksam, wenn die Ehe nichtig, oder wenn sie vor dem Tode des Erblassers aufgelöst worden ist [1].

[1]) Siehe auch § 2270 Absatz I BGB.

Die Unwirksamkeit kann aber auch von dem Testator selbst herbeigeführt werden und zwar durch eine Willensäußerung, die die Aufhebung einzelner oder sämtlicher Verfügungen von Todeswegen bezweckt. Diesen Vorgang bezeichnet das bürgerliche Gesetzbuch mit Widerruf des Testaments.

An dieser Stelle tritt nun die Frage auf, ob dieser Willensakt an Formen geknüpft sein oder formlos gelten soll. Stichhaltige Gründe lassen sich in der Tat sowohl für die eine, wie für die andere Möglichkeit ins Feld führen.

Zugegeben werden muß, daß die Form bei diesem so wichtigen und bedeutungsvollen Akt von besonderem Wert ist. Die Personen, die durch eine letzwillige Verfügung bedacht waren, haben, wenn das Testament widerrufen wird, ein besonderes Interesse zu wissen, ob diese Willensäußerung eine ernste und endgültige war, oder ob es sich nur um einen vorläufigen Entschluß oder bloßen Entwurf handelte. Soll ferner über die Authentizität und Echtheit des Widerrufs möglichst jedem Zweifel begegnet werden, so kann dies wohl nur durch bestimmte Formvorschriften erreicht werden.

Anderseits ist aber zu bedenken, daß oft ein ernster und letzter Wille nicht erklärt werden kann, weil der Erblasser nicht mehr in der Lage war, die Formerfordernisse zu erfüllen. „Vor allem wird oft schwer empfunden werden," so gibt Dernburg [2]) zu bedenken, „daß Anordnungen, welche der Erblasser in der Tat nicht mehr wollte und verwarf, doch Kraft behalten, weil die Formen, die zum Widerruf nötig sind, nicht mehr gewahrt werden konnten."

So stehen sich bei diesem Problem der Form oder Formlosigkeit des Widerrufs Für und Wider behauptend gegenüber, sodaß eine eindeutige Stellungnahme kaum möglich ist. Das bürgerliche Gesetzbuch hat den Widerruf des Testaments an die Beobachtung bestimmter Formvorschriften gebunden.

Da die Formen des BGB. 's in Anlehnung an das römische Recht und die gemeinrechtliche Praxis geschaffen wurden, dürfte es zweckmäßig sein, die Geschichte des Testamentswiderrufs in kurzen Umrissen zu zeichnen.

[2]) Dernburg Pandekten § 68.

§ 3.

Der Widerruf des Testaments im römischen und gemeinen Recht.[1]

Ursprünglich konnte nach ius civile die Aufhebung eines Testaments nur durch Errichtung eines neuen rechtsbeständigen Testaments (test. posteriore testamento ruptum) erklärt werden.[2] Das neue Testament beseitigte und zwar ohne ausdrücklichen Widerruf, ja sogar trotz ausdrücklicher Bestätigung, nach dem Grundsatz von der Ausschließlichkeit der testamentarischen Berufung notwendig das alte durch seine Existenz, nicht durch seinen Inhalt. Das früher errichtete Testament wurde auch unwirksam, wenn die Testamente dem Inhalt nach miteinander verträglich waren.

Eine teilweise Aufhebung des Testaments konnte somit nach römischem Recht nicht vorgenommen werden. Der Erblasser mußte, was allerdings nicht ausdrücklich erklärt zu werden brauchte, sondern durch die Existenz eines späteren Testaments ohne weiteres eintrat, die Aufhebung des ganzen Testaments herbeiführen und dann seinen letzten Willen gesammelt in einem neuen, allen Erfordernissen und Formvorschriften genügenden Testament niederlegen.

Diese umständliche Regelung ist sicherlich historisch darin begründet, daß die Geschworenen, die die privaten Streitigkeiten zu entscheiden hatten, nicht genug geschult waren, schwierigeren Rechtsverhältnissen gerecht zu werden. Es ist natürlich einfacher nur ein Testament dem Urteil zugrunde zu legen, als aus mehreren teilweise sich widersprechenden Testamenten den eigentlichen letzten Willen des Erblassers herauszufinden. Charakteristisch für den konservativen Sinn der Römer ist es, daß diese altrömische Regel auch noch in der Kaiserzeit, wo die Richter schon über eine gereiftere Bildung verfügten, zur Anwendung kam.

---

[1]) Bezüglich des französischen, österreichischen und früheren sächsischen Rechts siehe Meischeider, Seite 518 ff und 551 ff.

[2]) § 2 J. h. t. 2, 17, l. 11, l. 16 D. de injusto 28, 3. Soldaten allein konnten mehrere successive Testamente errichten, die zusammen Gültigkeit hatten. l. 19 D. de testamento militis 29, 1.

Die Errichtung eines neuen Testaments und die dadurch selbstständig eintretende Unwirksamkeit des früheren Testaments als Form des Testamentswiderrufs fand auch in der gemeinrechtlichen Doktrin Eingang, vermochte sich aber im deutschen Rechtsleben nicht recht einzubürgern.

Nach prätorischem und neuerem Recht, wie auch im gemeinen Recht, konnte ein schriftliches Testament wirksam auch durch absichtliche Zerstörung der Testamentsurkunde, einzelne Verfügungen auch durch deren Austilgung widerrufen werden.[3]) Die Art der Vernichtung war dem Erblasser freigestellt und auf verschiedene Weise möglich, so durch Zerreissen und Verlöschen der Urkunde, Durchstreichen des Inhalts oder Unkenntlichmachen der äußeren Zeichen ihrer Solemnisirung. Voraussetzung war aber immer die Aufhebungsabsicht des Testators, die im Prozeßwege gegebenenfalls von den Intestaterben zu beweisen war.

Nach justinianischem Recht war der Widerruf eines Testaments, sofern seit der Errichtung 10 Jahre verflossen waren, auch vor drei Zeugen oder zu gerichtlichem Protokoll möglich. Diese Bestimmung, die auch im gemeinen Recht galt, verdankte ihre Entstehung einer Verordnung [4]) der Kaiser Honorius und Theodosius vom Jahre 418, wonach Testamente unwirksam werden sollten, wenn der Erblasser die Errichtung zehn Jahr überleben würde. Nach der l. 27 C. de testamentis 6, 23 von Justinian mußte aber hinzukommen, daß der Widerruf vor drei Zeugen oder zu gerichtlichem Protokoll erklärt wurde.

Gemeinrechtlich konnte nach Dernburg und der Mehrzahl der älteren Praktiker ein Testament durch Widerrufserklärung in Testamentsform aufgehoben werden, auch wenn sie nicht ausdrücklich mit der Einsetzung von Erben verbunden war. „Der Testator," so sagt Dernburg [5]) „erklärt durch den Widerruf in Testamentsform, daß die Intestaterben seine Erben sein sollen und es nicht mehr darauf ankommen kann, ob er sie ausdrücklich zu seinen Erben ernennt."

[3]) Tit. Dig. de his quae in testamento delentur 28, 4. l. 2 § 7, l. 8 § 3 D. de bon. poss. secundum tabulas 37, 11, l. 1 § 8 D. si tabulae test. 38, 6.

[4]) l. 6 C. Theod. de testamentis 4,4.

[5]) Dernburg Pandekten § 94 Anm. 8.

So haben sich den Schöpfern unseres bürgerlichen Gesetzbuches die in jahrhundertelanger Entwicklung herausgebildeten Formen geboten, die bei geringsten Anforderungen und Voraussetzungen doch genügend Gewähr bieten für die Authentizität und Unverfälschtheit des Widerrufs eines Testaments.

I. Der Widerruf des Testaments.

§ 4.

Allgemeines.

Die Lehre vom Widerruf des Testaments wird im BGB. durch den bestimmt gefaßten Rechtssatz eingeleitet:

„Ein Testament sowie eine einzelne in einem Testament enthaltene Verfügung, kann von dem Erblasser jederzeit widerrufen werden." (§ 2253 Absatz I BGB.).

Diese Bestimmung gibt somit dem Erblasser das Recht, durch eine bloße Willensäußerung die Aufhebung und damit die Unwirksamkeit letzwilliger Verfügungen herbeizuführen. Diese Regelung entspricht dem Wesen der letztwilligen Verfügung. Wenn der Gesetzgeber dies im § 2253 Absatz I dennoch ausdrücklich ausspricht, so geschah dies nur, um dieses Recht des Erblassers unzweifelhaft festzulegen. Durch die Formulierung des § 2253 Absatz I wurde dem Institut des Testamentswiderrufs der Charakter zwingenden Rechts verliehen. Es ist daher nicht möglich, die gesetzliche Bestimmung über den Widerruf des Testaments nach Gutdünken zur Anwendung zu bringen oder nicht. Der Widerruf und die weitere letzwillige Verfügung ist daher dem Erblasser auch dann unbenommen, wenn er sein Testament für unwiderruflich erklärt hat. Der Gesetzgeber hat sogar Vorsorge getroffen, daß diese Vorschrift nicht umgangen werden kann, indem er im § 2302 BGB. einen Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todeswegen aufzuheben oder nicht aufzuheben, für nichtig erklärt, ein Beweis dafür, daß die Bestimmungen über den Widerruf des Testaments als zwingendes Recht, das aller Parteiwillkür entzogen ist, zu betrachten und anzuwenden ist.

Diesem Bestreben des Gesetzgebers, dem Erblasser die jederzeitige freie Widerruflichkeit letzwilliger Verfügungen zu sichern,

widerspricht auch nicht die gesetzliche Anerkennung des Erbvertrages, dessen hervorstechendstes Begriffsmerkmal gerade die Unwiderruflichkeit ist. Denn die vertragsmäßige Verfügung von Todeswegen hat vom Gesetz überhaupt nicht die Zweckbestimmung einer letztwilligen Verfügung erhalten und kommt auch auf eine ganz andere Art als diese zustande.

Errichtet jemand ein Testament, dessen Fortbestand einzig und allein in seiner Hand liegt, so bringt er damit zum Ausdruck, daß bei seinem Ableben sein letzter Wille die entscheidende Wirkung ausüben und daß ihm daher jederzeit die Gelegenheit gegeben sein soll, bei verändertem Willen seine Verfügungen zu widerrufen. Eine Unwiderruflichkeitserklärung, ob sie nun einseitig oder vertraglich erfolgt, würde sich im Gegensatz zu der einmal kundgegebenen Absicht des Erblassers stellen.

Anders aber liegen die Verhältnisse bei dem Erbvertrag, bei dessen Zustandekommen zumeist andere treibende Beweggründe mitmirken und dessen Existenz von den beiden Vertragsschließenden ohne Rücksicht auf den wirklichen letzten Willen des Erblassers von vorneherein gewünscht wird.

Man kann auch nicht von einer nachträglichen Unwiderruflichkeit letztwilliger Verfügungen sprechen, wenn der Erblasser die Anordnung einer zunächst letztwillig errichteten Verfügung später in einem Erbvertrag festlegt. Ist diese Verwandlung in eine vertragsmäßige Verfügung erfolgt, so hat diese Verfügung eben überhaupt aufgehört, eine letzwillige zu sein. Ist dieser Weg aber nicht beschritten worden, so ist eine Unwiderruflichkeitserklärung, wem gegenüber sie auch erklärt wurde, für den Erblasser rechtlich unverbindlich.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat die Rechtswirksamkeit des Widerrufs an die Beobachtung gewisser Formvorschriften gebunden. Der Widerruf kann hienach erklärt werden:

1. in der Form eines Testaments (§ 2254 BGB.),
2. durch Vernichtung der Testamentsurkunde oder durch Vornahme von Veränderungen an ihr, durch die der Wille eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt (§ 2255 BGB.).

3. durch Rücknahme eines öffentlichen Testaments aus der amtlichen Verwahrung (§ 2256 BGB.) [6])

Auf den ersten Blick hin lassen diese Formvorschriften erkennen, daß sie bei ihren geringen Anforderungen und Voraussetzungen für den Erblasser kein besonderes Hemmnis für den jederzeitigen Widerruf darstellen. Formenstrenge würde sich mit der Absicht des Gesetzes, den Widerruf von Testamenten zu erleichtern und unter allen Umständen zu ermöglichen, gar nicht vereinbaren lassen. Wenn der Gesetzgeber den Widerruf überhaupt an die Beobachtung gewisser Formen knüpfte, so geschah dies nur aus den prinzipiellen Gründen, die bereits in § 2 der vorliegenden Arbeit näher beleuchtet wurden. Die §§ 2254 — 2256 unter dem Gesichtspunkte des § 2253 Absatz I BGB. gewürdigt, lassen die Absicht des Gesetzgebers erkennen, daß zwar positiv die Erfüllung oben genannter Formvorschriften die Voraussetzung der Rechtswirksamkeit des Widerrufs bildet, daß darüber hinaus es dem Erblasser aber nicht möglich ist, durch vertragliche oder einseitige Bestimmungen sich Selbstbeschränkungen hinsichtlich der Form aufzuerlegen. Bestimmungen solcher Art, die als derogatorische Klauseln bezeichnet werden, widerlaufen dem zwingenden Verbot des Gesetzes und sind daher absolut nichtig [7]). Praktisch würde einer solchen Klausel überhaupt keine besondere Bedeutung zukommen, da der Erblasser mindestens die Aufhebung der einschränkenden Bestimmungen jederzeit durch Widerruf herbeiführen könnte.

Anderseits gelten diese Formvorschriften aber für alle in einem Testament enthaltenen Verfügungen; Ausnahmebestimmungen für den Widerruf von Vermächtnissen, wie sie im gemeinen Recht galten [8]), kennt das bürgerliche Gesetzbuch nicht.

[6]) Außer durch Widerruf, der rein negativ wirkt, kann die Aufhebung eines Testaments auch durch Errichtung eines späteren rechtsgültigen Testaments positiven Inhalts (§ 2258 Abs. I) erfolgen. Die Unwirksamkeit tritt aber nur insoweit ein, als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch steht.

[7]) Auch nach Ansicht von Herzfelder und anderen Schriftstellern „erscheint" die derog. Klausel unwirksam. Bei der klaren Sachlage ist diese vorsichtige Stellungnahme wohl überflüssig.

[8]) Dernburg Pandekten § 106, 2 und Windscheid § 640.

Die Hervorhebung dieser allgemeinen Grundsätze, die die durchaus bejahende Stellungnahme des bürgerlichen Gesetzbuches zur Frage des Widerrufs des Testaments erkennen lassen, ist für die zweckmäßige und rechtspolitisch erwünschte Klärung strittiger Fälle von größter Bedeutung; es liegt in der Natur der Sache, da nur einige wenige Bestimmungen diese Rechtsmaterie festlegen, daß gerade hier zahlreiche Grenzfälle auftreten. Soweit im konkreten Fall eine Entscheidung auf Grund des Wortlautes des Gesetzes allein nicht zu treffen ist, wird man, wenn sich sowohl für, wie gegen den Widerruf beachtliche rechtliche Gesichtspunkte aufführen lassen, bei der allgemeinen Einstellung des bürgerlichen Gesetzbuches unbedingt durch die Bejahung der Widerrufsmöglichkeit der Absicht des Gesetzgebers am meisten gerecht werden.

Die Anwendung der §§ 2253 ff BGB. beschränkt sich nicht nur auf Testamente, ordentliche wie außerordentliche des bürgerlichen Gesetzbuches, sondern bezieht sich auch auf Testamente anderer Reichsgesetze. Diese letzteren Testamentsformen, die nur für bestimmte Verhältnisse oder einen besonderen Personenkreis geschaffen wurden, unterscheiden sich von denen des BGB.'s nämlich nicht durch ihren Inhalt, sondern nur durch die Art ihrer Errichtung. In Betracht kommen hier vor allem die ordentlichen Militär- und Marinetestamente [9]) und die letztwilligen Verfügungen in erleichterter Form (außerordentliche Militärtestamente) nach § 38 des Wehrgesetzes vom 23. März 1921.

§ 2253 BGB. Absatz 1 spricht nur vom Widerruf eines Testaments in seiner Gesamtheit oder von einzelnen in einem Testament enthaltenen Verfügungen. Es kann aber kein Zweifel bestehen, daß, sofern die Art der gewählten Form nicht den Widerruf des gesamten Testaments bedingt, auch ein teilweiser Widerruf einzelner Verfügungen möglich ist. [10]) Der Erblasser kann daher, wenn er z. B. einem Dritten 30.000.— RM. vermacht hat, diesen Betrag auch auf 3.000.— RM. herabsetzen. Der Gesetzgeber wollte durch § 2253 Abs. I BGB. nicht den Umfang der Widerrufsmöglichkeit bestimmen, sondern durch den Beisatz „sowie

[9]) §§ 1, 2 MFGG, § 184 FGG.
[10]) Cosack, II § 358 Nr. II, 2.

eine einzelne in einem Testament enthaltene Verfügung usw." der Anschauung begegnen, daß der Widerruf sich gegen das ganze Testament, d. h. gegen alle in einer Urkunde niedergelegten letzwilligen Verfügungen, richten müsse. Einer gegenteiligen Ansicht wäre auch eine praktische Bedeutung nicht beizumessen, da der Erblasser durch Widerruf des ganzen Testaments und neue Testierung den erstrebten Zweck letzten Endes doch erreichen könnte.

Die Frage, ob ein bedingter Widerruf möglich ist, ist zu bejahen. [11]) Es läßt sich kaum ein Gesichtspunkt finden, der den Widerruf als bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft charakterisieren würde. Bei einer bedingt widerrufenen Verfügung von Todeswegen liegt zunächst eine unbedingte Zuwendung vor, die der Erblasser erst mit dem Eintritt der Bedingung als widerrufen erklärt. Im Gegensatz zur bloß bedingten letzwilligen Verfügung stellt sich also die Bedingung, von der der Widerruf abhängt, für die Zuwendung als auflösende Bedingung dar. § 2074 BGB. findet daher keine Anwendung.

§ 5.

Die Widerrufsfähigkeit.

Jeder Testamentswiderruf ist als letzwillige Verfügung, wenigstens im negativen Sinne, zu werten. Der Erblasser muß daher, wenn er ein Testament in rechtswirksamer Weise widerrufen will, die Widerrufsfähigkeit besitzen, d. h. es müssen alle persönlichen Voraussetzungen vorliegen, die auch zur Errichtung eines Testaments notwendig sind.

Die Widerrufsfähigkeit besitzen daher nicht die Geschäftsunfähigen. (§§ 104, 105 BGB.).

Eine beschränkte Widerrufsfähigkeit, dahingehend, daß die Minderjährigen über 16 Jahre und Volljährige, die Geschriebenes nicht lesen können, den Widerruf nach § 2254 lediglich in der Form eines öffentlichen Testaments und dieses nur durch mündliche Erklärung (§§ 2229 Abs. II, 2238 Abs. II, 2247 BGB.) erklären

---

[11]) Vergl. hiezu Planck Bem. 3 zu § 2254, Müller und Meikel § 442, und Mot. V S. 25.

können, kennt das Gesetz nicht. Eine solche Bestimmung würde auch den allgemeinen Grundsätzen der Widerrufslehre widersprechen und die beschränkt testamentfähigen Personen in ihrem Widerrufsrecht ungünstiger stellen, als die testamentsunfähigen nach § 2229 Abs. III (§ 2253 Abs. II).

Dieser kurze Hinweis würde genügen, wenn der Gesetzgeber nicht im § 2253 Abs. II die Bestimmung getroffen hätte, daß die Entmündigung eines Erblassers wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht dem Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Testaments nicht entgegensteht. (Vergl. § 2229 Abs. III) [1]) Diese Möglichkeit, die der Gesetzgeber eröffnet, löst verschiedene Schwierigkeiten aus und macht daher eine eingehendere Behandlung notwendig.

Voraussetzung für die Anwendung des § 2253 Abs. II ist, daß das zu widerrufende Testament vor der Entmündigung errichtet wurde. Dieses Testament kann der Erblasser trotz seiner Entmündigung widerrufen. [2]) Widerrufen kann der Erblasser auch mehrere vor der Entmündigung errichtete Testamente. Hat er z. B. zwei Testamente errichtet, von denen das letztere das erstere durch seinen positiven Inhalt aufhebt und widerruft er das spätere, so lebt nach § 2258 Absatz II das frühere wieder auf. Natürlich kann der Erblasser auch dieses frühere Testament noch widerrufen.

Nicht möglich aber ist der Widerruf eines nach der Entmündigung erfolgten Widerrufs, da dies schon in zeitlicher Hinsicht die Anwendung des § 2253 Absatz II ausschließt. Es kann nicht in der Absicht des Gesetzes liegen, den Personen, die zur Errichtung eines Testaments überhaupt unfähig sind, Gelegenheit zu geben, durch einen neuerlichen Widerrufsakt das ungültige Testament nach § 2258 Absatz II wieder zur Wirksamkeit zu bringen.

Ein Widerruf nach der Entmündigung ist also unwiderruflich. Diese im allgemeinen unbestrittene und sicherlich richtige Ansicht drängt zur Lösung des Problems, ob auch ein schon vor der

---

[1]) Die Vorschrift des § 2253 Absatz II ist auf Personen beschränkt, die wegen Geistesschwäche auch tatsächlich entmündigt sind. RG. im „Recht" 1912 Nr. 2959.

[2]) Vergl. Cosack II, § 358 I, 1 b; Planck Bem. 4, RGRK. Bem. 2, Leonhard Bem. II B 3 zu § 2253, Strohal § 42 N. 3. A. M. Kipp Erbr. § 21 Nr. 4.

Entmündigung erfolgter Widerruf widerruflich ist. Diese Möglichkeit besteht für den Entmündigten, entgegen den überwiegend vertretenen Meinungen, die sie mit einer Geste der Selbstverständlichkeit bejahen, oder sie kurzerhand als „folgerecht" bezeichnen, nicht.

Maßgebend ist hier der Wortlaut und die Fassung des § 2253 Absatz II. Widerrufen werden kann darnach von dem Entmündigten ein vor der Entmündigung errichtetes Testament. Die Kernfrage ist daher darin zu erblicken, ob auch ein vor der Entmündigung erklärter Widerruf als Testament im Sinne dieser Bestimmung zu betrachten ist. Dies muß wohl verneint werden. Der Gesetzgeber geht im § 2253 Absatz II davon aus, daß bei der Entmündigung gültige letztwillige Bestimmungen existieren, an deren Beseitigung der Entmündigte aber ein besonderes Interesse hat. Besteht dieses Interesse nicht mehr, weil der Erblasser schon vor der Entmündigung widerrufen hat, so entfällt damit die Voraussetzung für die Anwendung des § 2253 Absatz II. Unstreitig geht das Bestreben des Gesetzgebers dahin, dem Entmündigten den Widerruf nur zu gestatten, wenn er die Unwirksamkeit letztwilliger Verfügungen positiven Inhalts zur Folge hat, nicht aber, wenn der Widerruf ein Testament in Anwendung des § 2257 wieder aufleben läßt. Der Widerruf eines schon widerrufenen Testaments steht in diesem Falle in seiner Wirkung der Errichtung eines neuen Testaments gleich. Diese Möglichkeit dem Entmündigten zu bieten, entspricht bei Berücksichtigung des § 2229 Absatz III sicherlich nicht dem Willen des Gesetzes.

Die Ansicht, der Entmündigte könnte einen vor der Entmündigung erklärten Widerruf widerrufen, ist auch unverträglich mit der im allgemeinen gleichmäßig vertretenen Meinung, daß ein Widerruf nach der Entmündigung unwiderruflich ist. Der Satz in Cosack's Lehrbuch [3]): „Ein vor der Entmündigung erfolgter Widerruf ist also widerruflich, ein Widerruf nach der Entmündigung unwiderruflich" ist praktisch gesehen unhaltbar. Ließe man einem Entmündigten das vor der Entmündigung widerrufene Testament widerrufen,

[3]) Cosack II, § 358 bei Anm. 5; vergl. Dernburg § 39 Ziffer 3 und Planck § 2253 Anm. 4.

so würde dieses Testament gegebenenfalls nach § 2257 wieder voll wirksam werden. Dieses Testament könnte dann, da ein Widerruf nach der Entmündigung unwiderruflich ist, nicht mehr widerrufen werden. Dieses Ergebnis ist mit dem Wortlaut des § 2253 Absatz II und der Absicht des Gesetzes unvereinbar. Man muß daher mit Strohal [4]) schon zu der Überzeugung gelangen, daß es dem Entmündigten nicht möglich ist, einen von der Entmündigung erklärten Widerruf zu widerrufen.

Der Entmündigte ist nicht genötigt, ein Testament in seiner Gesamtheit zu widerrufen, sondern er kann den Widerruf auch auf einzelne in einem Testament enthaltene Verfügungen beschränken. Es kann sicherlich auch kein Zweifel bestehen, daß auch ein teilweiser Widerruf einzelner Verfügungen vor dem Entmündigten vorgenommen werden kann. [5])

Mit wenigen Worten mag noch von der inneren Berechtigung dieser gesetzlichen Bestimmung gesprochen werden. Die allgemeinen Grundsätze, die das Institut des Widerrufs beherrschen, haben nicht nur eine Erleichterung des Widerrufs gegenüber der Errichtung des Testaments in sachlicher Hinsicht veranlaßt, sondern haben auch dazu geführt, die Widerrufsmöglichkeit einem größeren Personenkreis einzuräumen. Wenn man dieser Erwägung folgend, auch dem Entmündigten das Widerrufsrecht zuerkannte, so war dabei sicherlich der Gedanke vorherrschend, diesem, wenn er die Sinnlosigkeit seines bisherigen Lebens und des von ihm errichteten Testaments erkannte, die Möglichkeit der Herbeiführung der gesetzlichen Erfolge nicht zu verschließen. Allerdings kann man der Befürchtung, die Endemann [6]) ausspricht, daß der Entmündigte möglicherweise das Widerrufsrecht mißbraucht, indem er sich durch den Widerruf von Verfügungen an denen rächt, die den Antrag auf Entmündigung gestellt haben, nicht entgegnen.

---

[4]) § 42 Anm. 3.
[5]) Vergl. Cosack II, § 358, Nr. II, 2.
[6]) Endemann III, § 50 Anm. 2.
Vergl. ferner Künzel in Gruch. 41 S. 598 ff, Rüger im sächsischen Archiv 9, Seite 420, Frommhold Anm. 2.

§ 6.
Der Widerruf durch Testament.

Die wohl am häufigsten angewandte Form des Widerrufs ist der Widerruf durch Testament nach § 2254 BGB.

Das Gesetz stellt es dem Erblasser dabei frei, durch jede Art eines Testaments ohne Rücksicht auf das zu widerrufende Testament den Widerruf zu erklären. In Betracht kommen die ordentlichen Testamentsformen des BGB. und das ordentliche Militär- und Marinetestament; dabei ist ausdrücklich hervorzuheben, daß bei dem ordentlichen öffentlichen Testament nicht der gleiche Richter oder Notar angegangen zu werden braucht, vor dem seinerzeit das Testament errichtet wurde. Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen vor, so kann der Erblasser sich auch einer außerordentlichen Testamentsform [1]) bedienen. Allerdings ist zu beachten, daß die in § 2252 ausgesprochene zeitliche Beschränkung der Gültigkeit auch bei dem Widerruf eingreift, da es ohne Belang ist, ob das außerordentliche Testament positive Bestimmungen oder lediglich einen Widerruf enthält. [2])

Der Erblasser kann fernerhin einseitig im Rahmen des Erbvertrags den Widerruf einer testamentarischen Verfügung erklären, da nach § 2299 BGB. jeder der Vertragsschließenden in einem Erbvertrag Verfügungen treffen kann, die auch durch Testament getroffen werden können. Wird jedoch die Aufhebung des Erbvertrags durch Ausübung des Rücktrittsrechts oder vertraglich herbeigeführt, so sind im Zweifel auch die einseitigen Bestimmungen, also auch der Widerruf als wirkungslos anzusehen.

Bei der Beurteilung der Gültigkeit des Widerrufs müssen drei Gesichtspunkte in Betracht gezogen werden:

1. Die Formerfordernisse, die für die einzelnen Arten der Testamente vorgeschrieben sind, müssen vom Erblasser ohne Rücksicht auf den Inhalt des Testaments in allen Punkten erfüllt werden. Ist das den Widerruf enthaltende Testament wegen

---

[1]) §§ 2249, 2250, 2251 BGB., § 38 Wehr-Ges.

[2]) Herzfelder, Anm. IIIA zu §§ 2253—2257, Strohal § 42 Nr. III1.

Nichtbeachtung der gesetzlichen Vorschriften unwirksam, so liegt ein gültiger Widerruf nicht vor. Trotz der unzweifelhaft ausgesprochenen Absicht des Erblassers, das Testament aufheben zu wollen, bleiben die angeblich widerrufenen Verfügungen dennoch in Kraft.

2. Der Widerruf setzt weiterhin ein gültiges Testament voraus. Das zu widerrufende Testament und das Widerrufstestament stehen in einem engen Konnex zueinander. Es wäre unlogisch, den Widerruf für sich allein als wirksam zu behandeln, wenn die Voraussetzungen fehlen.

3. Die schriftliche Willenserklärung des Erblassers muß klar die Absicht erkennen lassen, daß der Widerruf für den Fall des Todes erklärt wird. Es handelt sich ja auch beim Widerruf um eine einseitige Verfügung von Todeswegen, wenigstens im negativen Sinne. Es ist daher kein Widerruf, wenn der Erblasser in einem Brief, selbst wenn er alle Formerfordernisse eines eigenhändigen Testaments aufwiese, einem Erben mitteilt, daß er über sein gesamtes Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden verfügt habe. Bei solcher Sachlage liegt die Annahme, daß der Erblasser für den Fall seines Todes seine Verhältnisse habe ordnen wollen, nicht nahe. Es ist vielmehr mit dem Reichsgericht [3]) anzunehmen, daß der Erblasser dem Erben nur von seiner Verfügung über sein Vermögen Mitteilung machen und ihn darauf vorbereiten will, daß sein derzeitiges Vermögen bereits einem Dritten zugefallen ist. An der erbrechtlichen Stellung des Bedachten als solche wird aber durch diese Mitteilung nichts geändert. Es wäre ja auch möglich, daß bei dem Erblasser eine neue Vermögensbildung eintritt, und dieses neue Vermögen müßte dann selbstverständlich dem Erben, der seinen Anspruch noch immer auf das Testament stützen kann, zufallen.

In Uebereinstimmung mit dem Reichsgericht muß daher verlangt werden, daß die Willenserklärung des Erblassers, wenn sie einen Widerruf enthalten soll, deutlich zum Ausdruck bringt, daß

---

[3]) JW. 1910 Seite 22.

für den Fall des Todes der bisherige Erbe seiner erbrechtlichen Stellung entkleidet werden soll.

Es genügt aber zur Beseitigung eines Testaments nicht allein der Nachweis der Absicht des Errichters, es zu beseitigen, sondern es muß diese Absicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Form zum Ausdruck gebracht werden.

Die Ansicht, die durch die Reichsgerichtsentscheidung a. a. O. zu stützen versucht wird, daß Briefform für den Widerruf ausreicht, wenn die Widerrufsabsicht erkennbar ist, ist nach dem Gesagten abwegig. Obengenannte Entscheidung spricht mit keinem Wort von einer Erleichterung der Form beim Widerruf. Der Satz „Briefform ausreichend, wenn ersichtlich letzter Wille", der sich in einigen Kommentaren findet, [4]) darf daher nicht so verstanden werden, daß durch einen Brief schlechthin, d. h. durch eine bloße Mitteilung, auch wenn die Widerrufsabsicht unzweifelhaft zum Ausdruck kommt, ein Testament aufgehoben werden kann. Wohl kann auch in Briefform ein Widerruf erklärt werden, Voraussetzung ist aber, daß der Brief den Formerfordernissen eines eigenhändigen Privattestaments (§ 2231 Ziffer 2) entspricht und feststeht, daß eine letztwillige Verfügung nicht bloß in Aussicht gestellt, sondern errichtet werden wollte.

Daß sich in diesem Fall kleine Verschiedenheiten ergeben, liegt in der Natur der Sache. Der Brief braucht vor allem nicht den Namen der Person, deren Erbrecht aufgehoben werden soll, zu enthalten, sondern es dürfen, wenn das Schreiben selbst für die nähere Bestimmung einen nicht unwesentlichen Anhalt gewährt, zur Auslegung auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände herangezogen werden. [5])

Der Nachweis der Widerrufsabsicht allein genügt, wie schon erwähnt wurde, nicht. Daher kann die bloße Mitteilung oder Äußerung des Erblassers von einer nach dessen irrtümlicher Meinung vorher erfolgten angeblichen Aufhebung des Testaments nicht dessen Widerruf enthalten. Auch das Reichsgericht hat in

[4]) Bürgerliches Gesetzbuch, Achilles-Greiff, Bem. zu § 2254; vergl. ferner Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 2254.

[5]) RG in DJZ. 1927 Sp. 167 = „Recht" 1927 Nr. 47.

einer Sache, wo ein Testament einem Dritten zum Zwecke des Widerrufs zur Vernichtung übergeben war und dieser die Vernichtung unterließ, die verschiedenen Äußerungen des Erblassers über den vermeintlich vollzogenen Widerruf nicht als Widerruf gelten lassen.[6])

Damit sind die materiellen und formellen Voraussetzungen für die Gültigkeit des Widerrufs dargelegt.

Von Bedeutung für den Umfang des Widerrufs ist die Frage, ob sich der Widerruf gegen den urkundlichen Bestand oder nur gegen den Inhalt des Testaments richtet. Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung[7]) sich mit dieser Frage beschäftigt und sie mit Recht dahin entschieden, daß der Widerruf das Testament als Urkunde nicht berührt, sondern nur die Wirkung des Testaments aufhebt.

Eine gegenteilige Entscheidung wäre auch gar nicht mit § 2257 BGB. in Einklang zu bringen, wonach eine Verfügung wirksam wird, wie wenn sie nicht widerrufen worden wäre, sobald der durch Testament erfolgte Widerruf einer letztwilligen Verfügung widerrufen wird. Diese Bestimmung ist offensichtlich von der Anschauung getragen, daß der Widerruf das erste Testament nicht vernichtet, sondern nur seine Wirksamkeit aufhält. Der Widerruf richtet sich also nur gegen den Inhalt des Testaments. Deshalb kann ein dem Wortlaut nach unbeschränkter Widerruf im Zusammenhang mit den Bestimmungen des neuen Testaments als ein beschränkter angesehen werden. Widerruft ein Erblasser ein Testament, so kann er mit dem Widerrufstestament Bestimmungen positiven Inhalts verbinden. Haben die Bestimmungen mit solchen des früheren Testaments gleichen Inhalt, so steht damit fest, daß zwar das ganze Testament, vielleicht aus Gründen der Einfachheit und Uebersichtlichkeit widerrufen werden sollte, daß der Erblasser aber diesen Widerruf durch gleichlautende Verfügungen in seiner Wirksamkeit wieder einschränken will. Sind nun diese Bestimmungen aus irgend einem Grunde nichtig, so können sie doch unbedenklich herangezogen werden, um den Umfang des

[6]) „Recht“ 1913 Nr. 2590.
[7]) RG. im „Recht“ 1921 Nr. 584.

an und für sich generell ausgesprochenen Widerrufs zu bestimmen. In solchen Fällen werden daher Verfügungen des widerrufenen Testaments, sofern sie in dem neuen Testament Aufnahme gefunden haben, ihre volle Wirksamkeit behalten.

Ueberhaupt darf der Umfang des Widerrufs nicht allein aus dem bloßen Wortlaut festgestellt werden, sondern es muß immer versucht werden, der Absicht des Erblassers gerecht zu werden. Daher kann ein Widerruf, der die Aufhebung aller früheren letztwilligen Verfügungen ausspricht, nicht so ausgelegt werden, daß auch Rechtsgeschäfte unter Lebenden darunter fallen, die als Testament umgedeutet werden können. Da ein solcher Wille des Erblassers wohl nur in den seltensten Fällen angenommen werden darf, muß diese Absicht, wenn der Widerruf auch diese Rechtsgeschäfte ergreifen soll, klar und deutlich zum Ausdruck gebracht werden.

Die Widerrufsform des § 2254 gilt seit dem 1. Januar 1900 auch für ein vor diesem Zeitpunkt errichtetes Testament. EGBGB. Artikel 214 Absatz I.

§ 7.

Der Widerruf durch Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde.

Ein Testament kann auch dadurch widerrufen werden, daß der Erblasser in der Absicht es aufzuheben die Testamentsurkunde vernichtet oder an ihr Veränderungen vornimmt, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt. (§ 2255 Absatz I BGB.).

Zwei Tatbestände stellt das Gesetz auf, die obwohl sie nicht die äußere Form letztwilliger Verfügungen an sich tragen, doch sachlich als solche behandelt werden.

Die erste Möglichkeit des Widerrufs ist die Vernichtung der Testamentsurkunde. Hier wird die Urkunde in ihrer Existenz entweder vollständig aufgehoben, oder doch auf sie so eingewirkt, daß die Willenserklärung nicht mehr erkennbar ist.

Der Widerruf kann aber auch durch Vornahme von Veränderungen an der Testamentsurkunde erklärt werden. Hier bleibt

die schriftliche Willenserklärung des Erblassers an und für sich sichtbar, die Urkunde läßt aber in irgend welcher Weise den Willen, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, erkennen. Das Gesetz wertet aber nicht jede Veränderung an der Testamentsurkunde als Widerruf, sondern sie muß so beschaffen sein, daß durch sie „der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt," d. h. die Veränderungen müssen objektiv verkehrsüblich die Aufhebung der Willenserklärung bedeuten.

Die Rechtsbeständigkeit eines eigenhändigen Testaments wird z. B. nicht dadurch berührt, daß der Erblasser bei der Errichtung annimmt, er errichte ein nach drei Monaten von selbst wirkungslos werdendes Nottestament, und daß er nach dem Ablauf der drei Monate die Vernichtung der Testamentsurkunde nur deshalb unterläßt, weil er glaubt, das Testament wäre bereits außer Kraft getreten. Der Erblasser hat den Anforderungen des § 2255 nicht genügt. Ein wirksamer Widerruf liegt daher in diesem Falle nicht vor. „Auf die Gründe, aus denen er solche Handlungen unterlassen hat, oder darauf, ob er hinsichtlich der Erbfolge die nach ihm eintreten sollte, anderen Sinnes geworden war, kommt es nicht an." [1])

Durch andere schlüssige Handlungen als die einer Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde kann die Aufhebung nicht erfolgen.

Der Gesetzgeber hat es unterlassen, solche Veränderungen, die einen Widerruf nach § 2255 bewirken, aufzuzählen, da sich die Fälle schwerlich erschöpfend aufführen ließen. Aus diesem Grunde wurde „die Erscheinungsform des Aufhebungswillens, welche erfordert wird nach objektiven Merkmalen bezeichnet." [2])

Die Motive (a. a. O.) führen wohl einige Beispiele solcher Veränderungen, die sich als Veränderungen an dem Text des Schriftstückes durch äußerliche Einwirkung auf den beschriebenen Teil des Papieres oder auf die Schrift selbst darstellen, an, wie

---

[1]) RGZ. Bd. 104 S. 322.
[2]) Mot. V S. 301.

Zerstören, Durchstreichen, Zerschneiden, Austilgen oder Unleserlichmachen udgl., betont aber selbst, daß die erwähnten Arten nur einige Beispiele seien, die die Fälle nicht erschöpfen.

Es kann daher kein Zweifel bestehen, daß, im Gegensatz zu den Veränderungen, die an dem Text der Urkunde durch äußere, der Vernichtung gleichkommende körperliche Einwirkungen vorgenommen werden, auch anderweitige Veränderungen als Widerruf im Sinne des § 2255 betrachtet werden können. „Als eine Veränderung an der Urkunde kann sehr wohl auch die Anbringung von sogenannten Entwertungsvermerken auf der Urkunde angesehen werden, die nach der Auffassung des Verkehrs zum Ausdruck bringen, daß die Urkunde nicht mehr gelten, als gar nicht errichtet angesehen werden soll, die also die körperliche Vernichtung der Urkunde gewissermaßen zu ersetzen bestimmt sind." RG. in JW. 1911 S. 545.[3])

Diese Ansicht widerspricht dem Wortlaut des § 2255 BGB. nicht, der lediglich das Erfordernis aufstellt, daß die Veränderung verkehrsüblich sein soll, auch nicht den Motiven, die, wie bereits ausgeführt wurde, weder den Begriff „Veränderungen" interpretieren, noch ihn auf die dort aufgezählten Beispiele beschränken wollen.

Die Rechtssprechung hat keine besonderen Bestimmungen für das Anbringen solcher Entwertungsvermerke aufgestellt; man wird aber wohl verlangen müssen, daß sie so angebracht werden, daß die Absicht des Erblassers, das Testament aufzuheben unzweifelhaft feststeht. Auch das Reichsgericht hat dies zum Ausdruck gebracht, wenn es in der bereits genannten Entscheidung sagt, daß die sogenannten Entwertungsvermerke als Veränderungen im Sinne § 2255 angesehen werden müssen, „wenn der Entwertungsvermerk so auf der Urkunde angebracht ist, daß er sofort ins Auge fällt und jedem Beschauer ohne weiteres erkennen läßt, daß die Urkunde als solche nicht mehr in Betracht kommen soll." Ein Erfordernis, wie es das OLG Hamburg („Recht" 1910 Nr. 1922) aufstellt, den Entwertungsvermerk quer über den Text zu schreiben, besteht daher nicht unbedingt.

[3]) Ferner OLG. Hamburg in ZBlFG. Bd. 14, S. 666, im Gegensatz zu OLG. Hamburg in „Recht" 1910 Nr. 1992.

Ein Entwertungsvermerk liegt dann vor, wenn er zum Ausdruck bringt, daß die Urkunde nicht mehr gelten, als gar nicht errichtet angesehen werden soll, er also die körperliche Vernichtung der Urkunde gewissermaßen zu ersetzen geeignet ist; mit anderen Worten, es muß klar hervorgehen, daß der Erblasser die Form des § 2255 an und für sich zur Anwendung bringen wollte, aus irgend einem Grunde aber wünschte, den Inhalt des Testaments erkennbar zu lassen. Als Entwertungsvermerk in diesem Sinne muß ohne Zweifel der Vermerk „annulliert" angesehen werden. Zweifelhaft ist dies bei dem Vermerk „veraltert", da hier nicht ohne weiteres feststeht, ob der Erblasser, wenngleich ihm das Testament veraltert erschien, auch den Willen hatte es aufzuheben. Es ändert sich auch dann nichts, wenn der Erblasser in diesem Falle die Außenseite der zusammengefalteten Urkunde mit der Aufschrift „Verbrennen" versieht. Wird diesem Auftrag nicht nachgekommen, so liegt ein wirksamer Widerruf nicht vor. Der Errichter braucht zwar die Vernichtung des Testaments nicht unbedingt in eigener Person vornehmen, ein Auftrag aber, der nicht ausgeführt wurde, ist, wie später noch eingehender dargelegt wird, belanglos.

Bei der Prüfung, ob die Form des § 2255 gewahrt ist, wäre es verfehlt, wie schon betont wurde, auf die persönliche Willensrichtung des Erblassers Rücksicht zu nehmen. Die Form des § 2255 muß objektiv vorhanden sein. Der Kreis der hier in Betracht kommenden Gepflogenheiten darf aber nicht zu eng gefaßt werden. Daher wird man doch wohl auch eine Einklammerung, ebenso wie ein Durchstreichen oder Radieren in den meisten Fällen als Veränderung, durch die der Wille eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt, ansprechen dürfen. Ebenso ist das Einreißen der Testamentsurkunde als Veränderung zu bewerten, zumal auch im privaten Leben häufig zum Zweck des Unwirksammachens von Briefen und anderen Urkunden in der gleichen Weise verfahren wird. Eine derartige veränderte Urkunde wird im Verkehrsleben von vorneherein mit allergrößter Vorsicht aufgenommen werden. „Dies alles gilt aber in höchstem Maße gerade von der Urschrift einer Verfügung von Todeswegen, bei der eine äußerlich unversehrte Beschaffenheit

der Urkunde als für ihre Gültigkeit nahezu selbstverständlich vorausgesetzt wird." RGZ. Bd. 69, S. 414.

Die bloße Wegnahme eines auf die Urkunde aufgedrückten Siegels wird die Aufhebung eines Testaments nicht herbeiführen können. Im Zusammenhang mit anderen Einwirkungen auf die Urkunde kann aber die Entfernung des Siegels dazu führen, einen Widerruf nach § 2255 zu bewirken.

Keine Veränderung in diesem Sinne stellt das Durchstreichen der Tagesangabe eines eigenhändigen Testaments dar. Wenn auch das Gesetz für die Gültigkeit des eigenhändigen Testaments die Angabe der Zeit und des Ortes der Errichtung zur Voraussetzung macht, so kann doch das Unkenntlichmachen der Zeitbestimmung allein nicht als Veränderung angesehen werden, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt; denn erfahrungsgemäß, so betont auch das Reichsgericht[4]) wird nach den Gewohnheiten des Verkehrs weder bei der Aufhebung einer letztwilligen Verfügung, noch bei Aufhebung sonstiger schriftlicher Willenserklärungen in der Art verfahren, daß unter Stehenlassen der Unterschrift und des den Ort und die Jahreszahl angebenden Datums lediglich die Tagesangabe bleischriftlich durchgestrichen wird.

Ebenso genügt auch das bloße Wegwerfen der Urkunde nicht, um ein Testament aufzuheben.[5]) Wohl ist dieser Vorgang an und für sich geeignet, die Aufhebungsabsicht des Erblassers zum Ausdruck zu bringen; auf die persönliche Willensrichtung des Erblassers allein ist aber nicht Rücksicht zu nehmen. Das Gesetz verlangt unbedingt eine Veränderung, die nach allgemeiner Anschauung den Aufhebungswillen auszudrücken objektiv geeignet ist. Das bloße Wegwerfen der Urkunde verändert aber an der Urkunde nichts. Es muß noch etwas dazukommen, was im Zusammenhalt mit dem Wegwerfen der Urkunde eine Veränderung darstellt. Mit Recht fordert deshalb Cosack (a. a. O.), daß der Erblasser

[4]) JW. 1913 S. 41 BayZ. 1012 S. 483. Vergl. ferner RG. in JW. 1911, S. 283.
[5]) Vergl. Cosack II § 358 I 2a, Dernburg Bd. 5 § 40 Nr. 11, RGRK. Bem. 3 zu § 2255. A. M. Leonhard Bem. IIB zu § 2255.

beim Wegwerfen die Urkunde mindestens zerknittert. Auch das Abreißen des Siegels kann in Verbindung mit dem Wegwerfen einen gültigen Widerruf enthalten.

Zur Vornahme von Veränderungen ist auch nicht die Verwendung eines nicht ohne weiteres zu beseitigenden Materials erforderlich. Das Gesetz verlangt als Form für den Widerruf einer letzwilligen Verfügung nur eine Veränderung, die nach den allgemeinen Verkehrsgepflogenheiten als üblich angesehen wird. Es kommt mithin nicht darauf an, ob die Veränderung eine gerade zur Aufhebung letztwilliger Verfügungen verkehrsübliche ist. Ausreichend ist vielmehr, wenn eine Veränderung vorliegt, die der Regel nach den Willen zur Aufhebung einer schriftlichen Willenserklärung erkennen läßt. Das Durchstreichen einer schriftlichen Willenserklärung pflegt aber im Verkehr ganz allgemein als Mittel zur Aufhebung von Erklärungen angewandt zu werden, ohne daß dabei ein Unterschied gemacht wird, ob die Durchstreichung mit Tinte oder Bleistift erfolgte.

Die Vernichtung oder Veränderung muß an der Urschrift als dem Träger der Willenserklärung, vorgenommen werden. Handlungen, die lediglich Entwürfe oder Abschriften des Testaments berühren, sind für den Fortbestand letztwilliger Verfügungen unerheblich. Diesen allgemeinen Grundsatz hat allerdings das Reichsgericht[6]) dahin eingeschränkt, daß auch in der Vernichtung oder Veränderung einer Abschrift eines Testaments, die vom Erblasser als solche bezeichnet wird, u. U. ein Widerruf gefunden werden kann, wenn sie selbst ein Testament darstellt.

Es steht im freien Belieben des Erblassers, von einem Testament mehrere Urschriften herzustellen, eine Möglichkeit, die gerade dann ergriffen wird, wenn den Umständen nach, die Befürchtung nahe liegt, daß ein einzelnes Schriftstück leicht verloren gehen könnte. Es erhebt sich nun die Frage, ob der Erblasser in Anwendung des § 2255 BGB. die Vernichtung, bezw. Veränderung an sämtlichen Urschriften vornehmen muß, oder ob die Vernichtung oder Veränderung nur eines Exemplars genügt. Abgesehen davon, daß dem Errichter sehr oft nicht alle Urschriften zur Verfügung

[6]) LZ. 1923, S. 322.

stehen und daher ein Widerruf nach Maßgabe des § 2255 sehr oft überhaupt nicht möglich wäre, muß auch noch in Erwägung gezogen werden, daß die sämtlichen gleichlautenden Urschriften Träger eines einheitlichen Willens des Erblassers sind und zueinander in einem solchen Verhältnis stehen, daß eine Änderung an einem Exemplar zwangsläufig auch die übrigen Urschriften in ihrer Wirkung beeinflußt. Die Vernichtung oder Veränderung lediglich eines Exemplars muß daher zum Widerruf genügen, vorausgesetzt, daß aus den Umständen in unzweideutiger Weise der Aufhebungswille gefolgert werden kann, „insbesondere, wenn erhellt, daß der Erblasser das zweite Exemplar nur deshalb nicht vernichtet hat, weil es ihm nicht zur Hand war." (Planck Bem. 3 zu § 2255).[7])

Die Vermutung des § 2255 Absatz II, wonach bei Vornahme von Veränderungen durch den Erblasser der Aufhebungswille unterstellt wird, gilt hier nicht, da diese Bestimmung unzweifelhaft von der Voraussetzung beherrscht ist, daß nur eine Urschrift des Testaments besteht. (Vergleiche Planck a. a. O.) Bei Vernichtung oder Veränderung einer von mehreren Urschriften eines Testaments ist es daher immer Sache freier durch § 2255 Absatz II nicht gebundener Beurteilung, ob der Erblasser die Aufhebungsabsicht hatte, oder ob er z. B. nur die Zahl der Urschriften vermindern wollte.

An anderer Stelle wurde bereits davon gesprochen, daß, sofern die Art der gewählten Widerrufsform es zuläßt, der Widerruf nicht nur auf das ganze Testament, sondern auch auf einzelne in einem Testament enthaltenen Verfügungen Anwendung findet. Bei der Widerrufsform des § 2254 wird diese Möglichkeit unbestritten bejaht; aber auch bei § 2255 ist mit dem Reichsgericht (Band 71 Seite 302) und der Mehrheit der Schriftssteller[8]) die teilweise Widerrufsmöglichkeit anzuerkennen „wiewohl im Unter-

---

[7]) Vergl. RGRK. Bem. 3, Leonhard Bem. II D zu § 2255, Endemann II § 68, bei Nr. 29, Dernburg Band 5 § 40 Nr. 11, RGZ. Bd. 14, Seite 184. Auch nach römischem Recht genügte bei Vorhandensein mehrerer Originale eines Testaments unter den gleichen Voraussetzungen die Zerstörung einer Urkunde l. 4 D h. t. 28,4

[8]) RGRK. Anm. 4, Planck Bem. 3 zu § 2255, Endemann § 50 3a, Dernburg Bd. V, § 30, I.

schied von § 2253 die Vorschrift des § 2255 wörtlich genommen, von dem Widerruf des ganzen Testaments handelt". Abgesehen davon, daß § 2253 überhaupt nicht von der Form des Widerrufs handelt, sondern lediglich die Befugnis des Erblassers zum Widerruf festlegt, kann auch auf Grund der Entstehungsgeschichte kein Zweifel bestehen, daß ein Widerruf im Sinne des § 2255 auch hinsichtlich einzelner in einem Testament enthaltenen Verfügungen möglich ist. Diese Bestimmung ist unter bloßer Änderung der Fassung aus § 1934 des ersten Entwurfs hervorgegangen. Gerade die letztere Bestimmung aber hat den Widerruf von einzelnen in einem Testament enthaltenen Verfügungen ausgesprochen, eine Möglichkeit, die von den Motiven (Band V Seite 301) als selbstverständlich bezeichnet wird. Anhaltspunkte dafür, daß die II. Kommission durch die Fassungänderung auch eine Änderung in sachlicher Hinsicht beabsichtigte, lassen sich nicht finden.

Entgegen dieser Anschauung vertritt Herzfelder [9]) in JW. 1926 Seite 165 die Meinung, daß der Widerruf nur hinsichtlich des ganzen Testaments möglich ist. Die Begründung dieser gegenteiligen Ansicht wird aber, da sie allein auf § 2231 Abs. II fußt, und den Gesichtspunkt des § 2255 völlig unberücksichtigt läßt, der Sachlage nicht gerecht.

Nach der herrschenden Meinung ist ein Testament nach Beisetzung der Unterschrift und der Angabe des Ortes und des Tages der Errichtung insoweit noch nicht abgeschlossen, als vom Erblasser jederzeit Änderungen daran vorgenommen werden können. „Im Falle der Änderung des Inhalts des früher errichteten Testaments ohne Errichtung einer neuen letztwilligen Verfügung ist aber die Errichtung bezw. der Abschluß des Testaments in seiner neuen Gestalt auf den Zeitpunkt hinausgeschoben, in welchem die bezeichnete Änderung vorgenommen wird, und die Angabe dieses Tages und eventuell auch des vom früheren verschiedenen Ortes der Errichtung ist zur Gültigkeit des Testaments vom Gesetz erfordert." [10])

---

[9]) Vergl. ferner Mantey im „Recht" 1906 S. 556. Die hier gemachten Einwände sind sachlich schon widerlegt.

[10]) Staudinger Anm. D zu § 2231.

Aus diesem Satz folgert Herzfelder weiter: Der Widerruf einer einzelnen in einem Testament enthaltenen Verfügung stellt eine Änderung des Inhalts des Testaments dar, erfordert also die Beifügung des Zeitpunktes der Veränderung, möglicherweise auch der veränderten Ortsangabe, sodaß die Anwendung des § 2255 für einen teilweisen Widerruf nicht in Frage kommen kann.

Diese Schlußfolgerung muß als rechtsirrtümlich bezeichnet werden. Wohl ist der Widerruf einer einzelnen Verfügung eine Veränderung des Inhalts des Testaments; in den Fällen aber, wo die Veränderung sich als Aufhebung durch Widerruf charakterisiert, greifen eben die Sonderbestimmungen über den Widerruf ein. Die Überlegung darüber, daß durch einen Abstrich, ebenso wie durch einen Zusatz „der Inhalt des früheren Testaments gleichmäßig verändert wird", kann an der einmal vom Gesetzgeber getroffenen Regelung nichts ändern.

§ 2253 spricht für den Erblasser generell die freie Befugnis zum Widerruf auch nur einzelner in einem Testament enthaltenen Verfügungen aus. Die Frage, ob die Art der Widerrufsform einen solchen Widerruf in technischer Hinsicht zuläßt, muß im Falle des § 2255 unbedingt bejaht werden.

Der Erblasser kann darnach rechtsgültig eine einzelne Verfügung in einem Testament durch bloßes Durchstreichen der betreffenden Bestimmung nach § 2255 widerrufen. Eine durchstrichene Verfügung ist aber widerrufen und lebt, sofern „an dem Willen des Erblassers, die Anordnung zu widerrufen, nach Lage des Falles nicht zu zweifeln ist" [11]) nicht wieder auf, selbst wenn die sie ersetzende Verfügung ungültig ist.

Dieser allgemeine Grundsatz wird deshalb, da die Aufhebungsabsicht des Erblassers nicht selten zweifelhaft ist, nicht immer Anwendung finden. In einer Reichsgerichtsentscheidung (Band 111 Seite 261 ff) wurde auch bereits mit Recht ausgesprochen, daß, wenn die in einem eigenhändigen Testament ausgeworfene Vermächtnissumme nachträglich durch Ausstreichung und Aenderung ohne neue Datierung und Unterschrift erhöht wird, die ursprüngliche

[11]) OLG. Bd. 34, S. 316.

Zahl gültig bleibt. Das Reichsgericht steht dabei auf dem Standpunkt, daß ein Erblasser, wenn er in der Zahl 30.000.— die Ziffer 30 ausstreicht und die Ziffer 60 an den Rand setzt, nicht das bisherige Vermächtnis aufheben, sondern es bestehen lassen und durch ein gleichartiges Vermächtnis von gleicher Höhe ergänzen will.

Abgesehen von dieser auf einen tatsächlichen Fall zugeschnittenen Begründung, enthält aber diese Entscheidung noch weitere für die Klärung der Frage im allgemeinen wertvolle rechtliche Gesichtspunkte.

Der Anschauung, daß der Erblasser durch solche Veränderungen die alte Verfügung beseitigen wolle und die neue Verfügung nur als Entwurf ansehe, kann nicht allgemein beigetreten werden. Derartige Korrekturen in einem Testament, die zur Vorbereitung eines Testaments dienen sollen, können nämlich sehr wohl mit der Absicht vereinbar sein, das alte Testament vorerst, nämlich bis zur Errichtung der neuen Verfügung, bestehen zu lassen.

Das Reichsgericht weist auch hier noch einmal darauf hin, daß nicht jede Veränderung an einem Testament, selbst wenn der Erblasser die Aufhebung des Testaments herbeiführen will, einen gültigen Widerruf darstellt. „Der § 2255 BGB. erfordert vielmehr, die Vornahme einer solchen Handlung, durch welche der Wille eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben ausgedrückt zu werden pflegt.“ Mit Rücksicht auf die allgemeinen Verkehrsgepflogenheiten hat das Reichsgericht in diesem Fall mit Recht entschieden, daß die Durchstreichung der Ziffer 30 in Verbindung mit der Beischreibung der Ziffer 60 im Hinblick auf die naheliegenden Möglichkeiten eines abweichenden Willens keine Aufhebung des Testaments bewirkt.

§ 2255 verlangt, daß der Erblasser in der Absicht das Testament aufzuheben die Testamentsurkunde vernichtet oder an ihr verkehrsübliche Veränderungen vornimmt. Im Augenblick der Einwirkung auf die Urkunde muß beim Erblasser der Aufhebungswille vorhanden sein. Diese Bestimmung setzt also ein persönliches Handeln des Erblassers voraus; eine Vertretung im Willen ist demnach ausgeschlossen (Mot. V Seite 301). Nicht

notwendig aber ist, daß der Erblasser die objektiven Erfordernisse des § 2255 selbst erfüllt. Er kann sich auch einer dritten Person bedienen, die dann als blosses Werkzeug in seiner Hand die tatsächlichen Voraussetzungen des § 2255 schafft. Das Handeln dieses Dritten auf Geheiß des Erblassers steht dann dem eigenen Handeln gleich. Der Widerruf tritt aber nicht schon mit der Anordnung der Vernichtung ein, sondern erst dann, wenn sie von dem Dritten ausgeführt wird. Wird dem Auftrag überhaupt nicht entsprochen, so behält das Testament seine volle Wirksamkeit auch dann, wenn bei dem Erblasser die Aufhebungsabsicht nachweisbar bestanden hat.[11]) Nach dem Ableben des Errichters kann natürlich von dem Dritten eine Vernichtung mit der Wirkung des § 2255 nicht mehr vorgenommen werden, da die Wirksamkeit des noch nicht kraftlos gewordenen Testaments im Augenblick des Todes bereits eintritt.

Wird das Testament von einem Unbefugten vernichtet oder verändert, so genügt zum Widerruf nicht, daß der Erblasser nachträglich seine Genehmigung hiezu erteilt. Die Vernichtung oder Veränderung muß, ob sie nun vom Erblasser selbst oder von einem Dritten vorgenommen wird, in der Absicht des Erblassers, das Testament aufzuheben, vorgenommen werden. Hat im Zeitpunkt der Einwirkung auf die Testamentsurkunde dieser Aufhebungswille gefehlt, so ist dieses tatsächliche Handeln völlig unerheblich und kann auch niemals von dem Erblasser zur Aufhebung des Testaments benützt werden. Eine Genehmigung nach § 184 BGB. kann nicht in Frage kommen, „weil in der vom Dritten auf eigene Faust vorgenommenen Veränderung ein rechtsgeschäftliches Handeln nicht erblickt werden kann." (Planck Bem. III zu § 2255).[12])

In der Genehmigung einer von einem Dritten unbefugten Vernichtung soll nach Strohal (a. a. O.) nur dann ein Widerruf erblickt werden, wenn sie in Testamentsform erfolgt. Dem kann man nicht generell zustimmen. Will man überhaupt aus einer

---

[11]) OLG. Bd. 26, S. 364, „Recht" 1913 Nr. 2590, ferner Bay. Z. 1915, S. 145.

[12]) ferner RGRK. Bem. 1, Staudinger Bem. B. zu §§ 2253—2257, Leonhard Bem. III zu § 2255, Dernburg Bd. V, § 40 N. 12, Strohal § 43 III 2, Kretzschmar § 21 Nr. 13; eine entgegengesetzte Meinung vertrat Strohal in seinen früheren Auflagen.

solchen Genehmigung in Testamentsform die Widerrufswirkung begründen, so kann dies nur aus dem Gesichtspunkt des § 2254 heraus erfolgen.

Wurde das Testament gegen den Willen des Erblassers völlig vernichtet, so besteht das Testament dem Inhalt nach weiter. Auch in diesem Fall genügt zum Widerruf nicht allein die nachträgliche Genehmigung der Vernichtung, wenngleich dem Erblasser die Möglichkeit des Widerrufs nach § 2255 genommen ist. Diese Schlußfolgerung ist umsomehr berechtigt, als für den Erblasser ja auch noch die Widerrufsmöglichkeit nach § 2254 besteht.

Hat ein Dritter unbefugterweise die Testamentsurkunde aber nur verändert, so wird man es als genügend erachten müssen, wenn der Erblasser für den Widerruf nach § 2255 Veränderungen anbringt, die im Zusammenhalt mit den bereits vorhandenen nach allgemeinen Verkehrsgepflogenheiten den Willen, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, erkennen lassen.

In objektiver Beziehung wird also vom Gesetz gefordert, daß der Erblasser in eigener Person oder auf sein Geheiß ein Dritter die Urkunde vernichtet oder verändert. Damit sind aber noch nicht alle Voraussetzungen für die Wirksamkeit des § 2255 gegeben. Außer der Testierfähigkeit muß in subjektiver Hinsicht die Absicht das Testament aufzuheben, hinzukommen.

An und für sich müßte die Aufhebungsabsicht von demjenigen dargetan werden, der aus der Unwirksamkeit des Testaments seine Ansprüche herleitet. Das Gesetz stellt aber in Absatz II des § 2255 zur Erleichterung der Beweisführung die Vermutung auf, daß, wenn die Vernichtung oder Veränderung nachgewiesenermaßen vom Erblasser herrührt, auch in seiner Person die Aufhebungsabsicht vorlag.

Es besteht keine Veranlassung diese Bestimmung nicht zur Anwendung zu bringen, wenn der Erblasser zur Vernichtung der Urkunde sich einer dritten Hand bediente. (a. M. Endemann § 50, 3, a) Anders liegt die Sache im Falle der Vernichtung nur eines von mehreren Originalexemplaren eines Testaments. Hier wird wohl die Vermutung des Absatzes II außer Betracht bleiben und der

volle Beweis für den Aufhebungswillen durch den, der sich darauf beruft, erbracht werden müssen, da diese Regelung der Beweislast offensichtlich nur bei Vorhandensein eines Exemplars gelten soll.

Eine Vermutung dafür, daß der Erblasser es war, der die Vernichtung oder Veränderung herbeiführte, stellt das Gesetz nicht auf. „Diese Frage ist also nach den Umständen des einzelnen Falles nach freiem richterlichen Ermessen zu entscheiden, die Beweislast dafür aber hat, wer die Aufhebung des Testaments behauptet." [13])

Dieser Satz, der den Standpunkt der Rechtsprechung wiedergibt, bedarf noch einer kurzen Erläuterung.

Zweifellos hat die Beweislast derjenige, der sich auf die Unwirksamkeit des Testaments beruft. Das Beweisergebnis hat aber der Richter nach freiem Ermessen zu würdigen (§ 286 RCPO.); es kann daher die Unwirksamkeit des Testaments auch dann ausgesprochen werden, wenn die Beweisführung nicht in allen Punkten gelungen ist. Lassen die Umstände des Einzelfalles die Annahme gerechtfertigt erscheinen, daß der gegenwärtige Zustand der Urkunde auf eine Handlung des Erblassers zurückzuführen ist, was wohl immer dann anzunehmen sein wird, wenn die Urkunde im Besitz des Erblassers war, so müssen, wenn der Prozeßgegner der Ueberzeugung des Richters widerspricht, von ihm die Umstände dargetan werden, die beweisen, daß die Vernichtung oder Veränderung nicht vom Erblasser vorgenommen wurde.

Ging das Testament verlustig oder wurde es vernichtet, ohne daß der Erblasser dadurch einen Widerruf im Sinne des § 2255 beabsichtigte, so bleibt, obwohl die Verfügung nicht mehr erkennbar ist, doch das Testament an sich gültig; denn „die Gültigkeit des Testaments hängt nicht von dem tatsächlichen Fortbestehen der Testamentsurkunde ab." (Mot. Bd. V, S. 308.) [14])

---

[13]) Staudinger Bd. V, Anm. IIB zu §§ 2253—2257, Mot. Bd. V, S. 302.

[14]) Lafrenz in „Recht" 1902, S. 553; JW. 1919, S. 586, 1910, S. 291 — DJZ. 1910 Sp. 594, JW. 1912, S. 798, sowie Pr. A. L. R. Tl. I Tit. 12, § 602, ferner RG. in JW., 1903 S. 299, JW. 1904 S. 47.

In diesem Falle sind alle Beweismittel für den Inhalt und die Form des Testaments zugelassen. (RJA. Bd. 16, S. 240, LZ. 1920, Sp. 387 [Eidesauferlegung], LZ. 1922, Sp. 293 [Zeugenbeweis]). [15])

Die Beweisführung gestaltet sich aber in den meisten Fällen sehr schwierig. Es wird daher der in der Rechtsprechung allgemein anerkannte Grundsatz hier Anwendung finden müssen, daß, wenn eine Partei dem Gegner die Beweisführung schuldhaft unmöglich macht, ihm gegenüber das in Frage kommende Anführen der Gegenpartei regelmäßig als wahr anzunehmen ist, sofern sie nicht dessen Unrichtigkeit nachweist. [16])

Diese Umkehrung der Beweislast ist eine Folge der freien Beweiswürdigung. (§ 286 RCPO.) Das Gericht kann aus dem Verhalten einer Partei Schlüsse ziehen und dem Gegner, wenn er die Beweisführung durch pflichtwidriges Verhalten vereitelt, den Gegner mit dem Gegenbeweis belasten.

Es greift auch noch die Bestimmung des § 444 RCPO. als ein „gesetzlich besonders geregelter Fall zulässiger freier Beweiswürdigung" ein, wonach die Behauptungen des Gegners über Beschaffenheit und Inhalt der Urkunde als bewiesen angesehen werden, wenn die Urkunde von einer Partei in der Absicht, deren Benutzung dem Gegner zu entziehen, beseitigt oder zur Benutzung untauglich macht. Dabei darf das Wort „Partei" nicht in seiner engsten Bedeutung angewandt werden. Vielmehr ist auch, wie das Reichsgericht mit Recht ausführt, „das arglistige Verhalten eines Dritten im gleichen Sinne zu werten, wenn die Partei nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für dieses Verhalten verantwortlich zu machen ist, insbesondere wenn der Dritte auf Anordnung oder im Einverständnis der Partei tätig gewesen ist." (RGZ. Bd. 101, Seite 197.)

---

[15]) Über die Frage, ob ein Beteiligter, von demjenigen, der ein Testament beseitigt hat, Auskunft über dessen Inhalt und zwar eventuell unter Eid fordern kann, siehe Staudinger's Komm. Bem. III B, letzter Abs. zu §§ 2253—2257.

[16]) JW. 1915 S. 1361, RGZ. Bd. 60, S. 152, Bd. 101, S. 197 ff, Bd. 105, S. 295.

Stein — Jonas Bem. IV, 7, b zu § 282 RCPO.

Hat ein Rechtsvorgänger oder einer, der nach der Prozeßordnung einem solchen Rechtsvorgänger gleichgestellt wird, eine derartige Handlung vorgenommen, so muß dieser Grundsatz auch dann Anwendung finden, wenn auf Seiten des Rechtsnachfolgers ein Verschulden nicht vorliegt. Dies entspricht umsomehr der Billigkeit, als der Nachfolger in den „gesamten Rechts- und Pflichtenkreis" des Vorgängers eintritt und ihm keine günstigere Stellung im Prozesse eingeräumt werden soll, als dem Rechtsvorgänger selbst.

Nicht unzweifelhaft ist, ob mit Rücksicht auf §§ 2256, 2246, 2249 BGB. der Widerruf nach § 2255 lediglich auf die eigenhändigen Privattestamente beschränkt ist. Abgesehen davon, daß dieser Fall nur höchst selten von praktischer Bedeutung sein wird, wird man wohl grundsätzlich die Anwendung dieser Widerrufsart auch bei öffentlichen Testamenten als gegeben erachten müssen, wenn der Erblasser auf irgendwelche Weise, selbst durch rechtswidrige Handlungen, den Gewahrsam der Urkunde oder die Gelegenheit über die Urkunde zu verfügen erlangt hat. (Vergleiche Mot. V Seite 300.)

§ 8.

Der Widerruf durch Rücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung.

Ein vor einem Richter oder Notar oder nach § 2249 BGB. errichtetes Testament gilt als widerrufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde zurückgegeben wird. (§ 2256 Abs. I BGB.) Diese dritte Möglichkeit unterscheidet sich in zwei wesentlichen Punkten von den bereits behandelten Arten des Widerrufs.

Vor allem ist die Anwendung auf die im § 2256 aufgeführten Testamente beschränkt. Darnach kommen in Betracht die gerichtlichen und notariellen Testamente und die nach § 2249 vor einem Gemeindevorsteher errichteten Testamente, nicht also das eigenhändige Privattestament, das Militär- und Marinetestament oder die gemäß § 38 des Wehr-Ges. errichteten letztwilligen Verfügungen.

Würde ein Testament nach § 2248 von dem Erblasser freiwillig in amtliche Verwahrung gegeben, so ist die Rückgabe der Urkunde an den Erblasser, die jederzeit verlangt werden kann, ohne Wirkung auf die Gültigkeit des Testaments. (§ 2256 Abs. III. Satz 2). Der Grund für diese Bestimmung ist darin zu sehen, daß die Verwahrung nach § 2248 nur dispositiven Charakter hat.

Von größerer Bedeutung ist aber der Unterschied, der sich nach der subjektiven Seite hin ergibt. Das Gesetz knüpft einzig und allein an die Tatsache der Zurückgabe des Testaments aus der amtlichen Verwahrung die Widerrufsfolge.

Das Vorhandensein der Widerrufsabsicht bildet also für die Rechtswirksamkeit des Widerrufs nach § 2256 nicht die Voraussetzung. Dies wollte der Gesetzgeber durch die Wendung „gilt als widerrufen" zum Ausdruck bringen. Aber nicht nur das Fehlen des Aufhebungswillens ist bedeutungslos, auch ein entgegenstehender Wille des Erblassers bleibt, da die gesetzliche Fiktion unbedingt aufgestellt ist, unerheblich. (Mot. V. Seite 302, OLG. Bd. 34, S. 307). Der Erblasser kann bei Rückforderung der Testamentsurkunde die Wirkung des § 2256 auch nicht durch eine besondere Erklärung ausschließen. In einem solchen Falle dürfte dem Verlangen des Erblassers auf Rückgabe überhaupt nicht stattgegeben werden. [1])

Legt man also die Begriffsbestimmung zugrunde, daß der Widerruf eine Willensäußerung darstellt, durch die der Erblasser die Aufhebung des Testaments bezweckt, so wird man im Falle des § 2256 sehr oft überhaupt nicht von einem Widerruf im eigentlichen technischen Sinne sprechen können.

Durch die Zurücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung ist aber noch nicht der gesamte Tatbestand für den Eintritt des Widerrufseffekts erfüllt. § 2256 Abs. I wird nämlich durch Abs. II noch dahin ergänzt, daß die in amtliche Verwahrung gegebene Urkunde dem Erblasser persönlich auf sein Verlangen zurückgegeben wird. (Mot. Bd. V, S. 302.) Diese Annahme erscheint zwar etwas zweifelhaft, da Abs. II bei dem allgemeinen

[1]) RGRK. Anm. I zu § 2256.

Sprachgebrauch des BGB. sich als Ordnungsvorschrift darstellt; trotz alledem wird aber doch, da die Bestimmungen des § 2256 in einem inneren Zusammenhang stehen, davon ausgegangen werden müssen, daß die materielle Rechtsnorm des Abs. I „als von den Voraussetzungen des Abs. II" abhängig anzusehen ist.[2])

Der Erblasser hat das Recht die Rückgabe jederzeit zu verlangen, auch dann, wenn das Testament bereits anderweitig widerrufen (z. B. § 2254) oder durch Zeitablauf (§ 2252) unwirksam wurde.[3])

Die Widerrufswirkung tritt aber nicht schon ein durch das Verlangen auf Rückgabe, sondern erst mit der Entgegennahme der Urkunde[4]) durch den Erblasser. Erfolgt die Rückgabe aus irgend einem Grunde nicht, so bleibt das Testament voll wirksam.[5])

Wurde das Verlangen auf Rückgabe in der Form des Testaments (eigenhändiges Testament) gestellt und geht daraus mit Klarheit hervor, daß die Zurücknahme nur zum Zwecke des Widerrufs erfolgen soll, so wird man annehmen müssen, daß der Erblasser dadurch bereits einen Widerruf nach § 2254 erklären und dem Antrag auf Rückgabe nur formelle Bedeutung beimessen wollte. Die Ansicht, daß ein schriftlich gestellter Antrag auf Rückgabe der Urkunde, wenn er nur der Form eines Testaments entspricht, schlechthin als Widerruf nach § 2254 zu werten ist, dürfte dagegen abzulehnen sein. Aus dem bisher Gesagten ergibt sich auch, daß im Falle der Rückgabe des Testaments an den Erblasser, ohne daß dieser sie verlangt, das Testament in seiner Gültigkeit nicht berührt wird.

Das weitere Erfordernis des Abs. II für die Rechtswirksamkeit des Widerrufs ist, daß die Rückgabe der Urkunde an

---

[2]) Planck Anm. 2 zu § 2256, Staudinger Anm. C zu §§ 2253—2257, RGRK. Anm. 1 zu § 2256; vergl. ferner Strohal § 42, III, 3a.

[3]) Hat ein Notar, der nach landesgesetzlichen Vorschriften das Testament an das Gericht abliefern muß, das Testament noch in Händen, so darf durch ihn die Rückgabe nicht erfolgen. Eine von ihm bewirkte Aushändigung an den Erblasser wäre kein Widerruf. (RG. Warn. 1913 Nr. 245.)

[4]) Mot. V S. 303. Das Verlangen auf Rückgabe ist an keine Form gebunden.

[5]) Planck a. a. O.

den Erblasser persönlich erfolgt.[6]) Der Verwahrungsbeamte muß daher, wenn ihm der Erblasser nicht bekannt ist, den Nachweis der Identität verlangen. (§ 176 Abs. III FGG.) Auch die Aushändigung an einen, wenn auch durch öffentlich beglaubigte Vollmacht legitimierten Vertreter genügt nicht.

Nicht notwendig ist, daß der Erblasser das Testament an der Verwahrungsstelle entgegennimmt. Ist aus irgend einem Grunde dies nicht möglich oder doch schwierig, weil der Testator erkrankt oder zu weit entfernt wohnt, so kann die Rückgabe an den Erblasser durch einen zuständigen Beamten oder auch im Wege der Rechtshilfe oder des behördlichen Ersuchens erfolgen.[7])

In Bayern, wo die Notariate als amtliche Verwahrungsstellen bestimmt sind, kann bei Vorliegen besonderer Umstände die Rückgabe zu Protokoll eines anderen Notars beantragt und durch Vermittlung eines anderen Notars vollzogen werden.[8])

Zurückzugeben sind alle in der amtlichen Verwahrung befindlichen Schriftstücke, also nicht nur das übergebene oder mündlich erklärte Testament, sondern auch das hierüber aufgenommene Protokoll und die weiteren Anlagen. (§ 2246 Abs. I.) Die Rückgabe des Hinterlegungsscheines (§§ 2246 Abs. II, 2248 Satz 2) wird bei Entgegennahme des Testaments nicht unbedingt gefordert.[9])

Der Mangel des Aufhebungswillens ist, wie schon ausgeführt, bedeutungslos, nicht aber die Mängel im Willen des Erblassers. Die letzteren können die Wirkung des § 2256 ausschließen.

Es finden daher die Bestimmungen der §§ 2079 ff betreffend die Anfechtung letztwilliger Verfügungen wegen Irrtums oder Bedrohung Anwendung.

---

[6]) So schon das sächsische GB., dagegen ALR. I, 12 § 571.

[7]) Mot. V, S. 303, ZBlFG. Bd. 16, S. 232; über Übergabe des Testaments an den im Ausland wohnenden Erblasser durch Vermittlung des deutschen Konsuls vergl. OLG. Bd. 30, S. 215 ff.

[8]) Bayer. autograph. JME. vom 5. XII. 1900, Nr. 44321, den Widerruf von Testamenten betreffend.

[9]) Planck, Bem. 4 f zu § 2256.

Der Erblasser muß aber auch nach allgemeinen Grundsätzen im Sinne des § 2253 die Testierfähigkeit besitzen. Daß diese Voraussetzung unbedingt vorliegen muß, ergibt sich aus der systematischen Stellung und dem Wortlaut des § 2256. Es wäre ja auch ein Unding, eine Handlung des Erblassers, der selbst einen Widerruf gar nicht erklären könnte, als Widerruf zu fingieren.

Die Widerrufsfähigkeit muß nur in dem für den Eintritt der Widerrufswirkung entscheidenden Moment der Rückgabe der Testamentsurkunde vorhanden sein, nicht auch zur Zeit eines bereits schon früher gestellten Antrages. Wohl ist das Verlangen der Rückgabe des Testaments Tatbestandsmerkmal des § 2256. Diese Bestimmung will aber lediglich besagen, daß die Rückgabe der Urkunde aus der amtlichen Verwahrung den Widerrufseffekt nur dann zur Folge habe, wenn sie auf Initiative des Erblassers hin geschieht. Hat der Erblasser einmal die Rückgabe gefordert, und war er in diesem Zeitpunkt nicht testierfähig, so kann ein neuerliches Verlangen, weil der Antrag an keine Form gebunden ist und nicht notwendig der Beurkundung bedarf [10]), auch in der Annahme des Testaments erblickt werden. Da deshalb in einem solchen Falle das Verlangen bei der Rückgabe selbst „als wiederholt" anzusehen ist, muß die Widerrufsfähigkeit im Augenblicke der Rückgabe als genügend erachtet werden. [11])

Sehr umstritten ist die Frage, ob die Rücknahme einer bereits in der Form eines eigenhändigen Testaments abgefaßten Schrift, die der Erblasser nicht nach § 2248 freiwillig hinterlegte, sondern aus irgend einem Grunde, z. B. der Sicherheit halber noch nach § 2238 Abs. I als öffentliches Testament errichtete, das Testament aufhebt oder ob nur die Errichtungsform des öffentlichen Testaments dadurch betroffen wird, und die letztwillige Verfügung im übrigen als eigenhändiges Testament weiterhin Gültigkeit hat. [12])

[10]) RGRK. Bem. 3 zu § 2256.

[11]) Vergl. Planck Bem. 2 zu § 2246. AM. Strohal § 42 III, 3c.

[12]) Im ersteren Sinne: Planck Bem. 5, Leonhard Bem. II A, RGRK. Bem. 5 zu § 2256, Staudinger Bd. 5, III, C zu §§ 2253—2257, Kretzschmar § 21 N 20; im letzteren: Strohal § 42 Ziff. III, Peiser S. 358, N 3 und Crome § 649 N 75. (Vergl. auch Künzel in Gruchots Beitr. Bd. 41, S. 601 ff.

Der Ansicht Planck's (a. a. O.), daß ein Testament durch die Uebergabe nach § 2238 Abs. I die Eigenschaft eines eigenhändigen Testaments verliert, ist nicht beizupflichten. Es besteht gar kein Anlaß, die Möglichkeit zu verneinen, daß ein Testament die Eigenschaft eines eigenhändigen und öffentlichen Testaments in sich vereinigen kann. Eine solche Bestimmung kann im Gesetz nicht gefunden werden und „ergibt sich auch keineswegs aus der Natur der Sache". (Strohal a. a. O.) Wenn man sich dennoch und wohl mit Recht auf den Standpunkt stellt, daß ein solches Testament durch die Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung seine Gültigkeit verliert, so muß dies aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt heraus geschehen.

Ist ein eigenhändiges Testament auch noch in der Form eines öffentlichen Testaments errichtet worden, so wird bei Zurücknahme des Testaments aus der Verwahrung die gesamte Rechtslage einzig und allein durch § 2256 festgelegt; dabei ist davon auszugehen, daß in diesem Falle nicht zwei Testamente, ein eigenhändiges und öffentliches, vorliegen, sondern lediglich eine letztwillige Verfügung, die aber zwei Errichtungsformen aufweist. Die Wirkung des Widerrufs richtet sich nicht gegen diese Errichtungsformen, sondern gegen den Inhalt selbst. Die letztwillige Verfügung wird also durch die Rückgabe in ihrem Inhalt aufgehoben, und es kann daher keine Bedeutung mehr haben, wenn das durch die Rückgabe bereits unwirksam gewordene Testament auch noch der Form eines eigenhändigen Testaments entspricht.

Auf alle Fälle wird es sich empfehlen, wenn die Wirksamkeit des Testaments unbestritten feststehen soll, das aus der Verwahrung zurückgenommene Schriftstück neu zu datieren, da dann die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung als eigenhändiges Testament unzweifelhaft feststeht.

Wurde ein öffentliches oder eigenhändiges Testament vor dem 1. Januar 1900 hinterlegt, so finden die Vorschriften des § 2256 Anwendung, wenn der Erblasser diesen Zeitpunkt überlebt hat. Das gleiche gilt für Testamente, die nach früherem

bayerischen Recht und altem Verfahren einem Notar verschlossen übergeben wurden. [13])

§ 9.
Die Wirkung des Widerrufs.

Ein gültiger Widerruf hat die Bedeutung, die Wirksamkeit des Testaments, soweit er sich auf den Inhalt erstreckt, aufzuheben. [1]) Unser bürgerliches Gesetzbuch ist also wie das gemeine und preussische Recht von dem Grundsatz der französischrechtlichen Entscheidung des Reichsgerichts [2]) beherrscht, daß durch den Widerruf das davon betroffene Testament keineswegs ein nichtiger Akt wird, sondern, daß vielmehr nur seinem Vollzuge die Widerrufserklärung entgegensteht, wenn sie zur Zeit des Todes des Erblassers noch in Kraft ist. Die letztwilligen Verfügungen müssen daher, da sie nur durch das Vorhandensein des Widerrufs in ihrer Wirksamkeit behindert sind, nach Wegfall des Hindernisses wieder Gültigkeit erlangen.

Diese Rechtslage ist Voraussetzung für die Bestimmung des § 2257 BGB.

Die Bestimmung besagt, daß der Widerruf eines durch Testament erfolgten Widerrufs einer letztwilligen Verfügung, die Verfügung wirksam macht, wie wenn sie nicht widerrufen worden wäre. [3]) Durch die Vorschrift des § 2257 hat der allgemeine Grundsatz, daß der Widerruf des Widerrufs die aufgehobene letztwillige Verfügung wieder zur Wirksamkeit bringt, seine gesetzliche Normierung, zugleich aber auch eine erhebliche Einschränkung gefunden. § 2257 findet nämlich nur Anwendung, wenn der Widerruf der

---

[13]) Bayer. Not. Z. Bd. 1, S. 230, 234, ferner autograph. JME. vom 5. XII. 1900.

[1]) Testamente, deren ganzer Inhalt gültig widerrufen ist, sind nur auf Antrag eines Beteiligten abzuliefern und zu eröffnen. (§ 36 Nachlaß. O.)

[2]) RGZ. Bd. 2, S. 363.

[3]) Aus der Wendung „wird unwirksam, wie wenn sie nicht widerrufen worden wäre", geht hervor, daß die Wiederherstellung des Testaments mit rückwirkender Kraft eintritt.

ursprünglichen Verfügung durch Testament, also nach § 2254 erfolgt ist.[4])

Der Grund für diese einschränkende Bestimmung ist darin zu erblicken, daß durch einen Widerruf nach § 2255 oder § 2256 der Inhalt der letztwilligen Verfügungen wegen Verlustes oder Veränderung des urkundlichen Bestandes nicht oder nur schwer festzustellen ist oder daß, wie im Falle der Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung das Testament nicht mehr den Formerfordernissen der Errichtung entspricht. Rechtliche Bedenken wären allerdings auch einer anderweitigen Regelung nicht entgegengestanden, da der urkundliche Bestand nicht die unbedingte Voraussetzung für die Gültigkeit eines Testaments bildet und der Inhalt und die Errichtung mit allen Beweismitteln dargetan werden könnte.

Im Interesse der Rechtssicherheit und vor allem mit Rücksicht darauf, daß bei der Möglichkeit des eigenhändigen Testaments die Anforderungen für die Errichtung eines neuen Testaments gering sind, ist die Einschränkung des allgemeinen Grundsatzes aber gerechtfertigt.

Dieser rechtspolitische Gesichtspunkt, der für den Gesetzgeber leitend war, dürfte daher § 2257 auch für den Fall ausschließen, daß der Erblasser die Testamentsurkunde vernichtet oder aus der amtlichen Verwahrung nimmt, nachdem er schon einen Widerruf durch Testament erklärt hatte.[5])

Bestritten ist die Frage, ob die Wirkung des § 2257 ohne Rücksicht auf die Willensrichtung des widerrufenden Erblassers eintritt. Aus dem allgemeinen Grundsatz, daß dem Vollzug der aufgehobenen Verfügung lediglich die Widerrufserklärung entgegensteht und daher das Testament nach deren Wegfall wieder wirksam wird, muß dies gefolgert werden. Gegen diese Ansicht spricht auch nicht die Entstehungsgeschichte des § 2257.

---

[4]) Für den Widerruf des Widerrufs bestehen keine Bestimmungen. Der Widerruf kann also nach § 2254, § 2255 oder § 2256 erfolgen. Ist der zweite Widerruf durch Testament erfolgt, so wird im Falle nochmaligen Widerrufs die Verfügung wieder unwirksam u. s. w.

[5]) Vergl. Planck Bem. 2 § 2257.

Entwurf I § 1933 [6]) bestimmte, daß die Wiederherstellung des ursprünglichen Testaments nicht durch den bloßen Widerruf eintreten würde. Den gegenteiligen Standpunkt nahm die II. Kommission ein, da nach ihrem Dafürhalten es zu Unträglichkeiten führen könnte, wen man dem Widerruf des Widerrufs nicht die Wirkung einer Wiederherstellung der letztwilligen Verfügung beilege. Dabei wurde ausgesprochen, daß das Ergebnis des § 2257 aber durch eine ausdrückliche Kundgebung oder aus den Umständen zu entnehmende entgegengesetzte Willensäußerung des Testators abzuwenden sei.

Abgesen davon, daß nicht festgestellt werden kann, ob die Bestimmung des § 2257 auf diesen Beschlüssen der Kommission beruht, kann bei dem Wortlaut der Gesetzesstelle diese Bemerkung nicht allein ausschlaggebend sein für die Meinung, daß es sich bei § 2257 nur um eine Dispositivnorm handle. Es muß überhaupt als fraglich bezeichnet werden, ob die Kommission durch die Bemerkung dies zum Ausdruck bringen wollte. Richtiger wird die Bemerkung wohl dahin gedeutet werden, daß der Erblasser den Umfang des Widerrufs bestimmen kann. Er ist also nicht genötigt, den Widerruf uneingeschränkt zu widerrufen und so das aufgehohene Testament in seiner Gesamtheit wieder zur Wirksamkeit zu bringen, sondern er kann die Widerrufswirkung des ersten Widerrufs für einzelne Bestimmungen aufrechterhalten. Von einem Ausschluß der Wirkung des § 2257 durch den Erblasser kann im letzteren Falle nicht die Rede sein, da hier überhaupt kein Widerruf erklärt wird. „Der Widerruf eines Widerrufs kann also nach dem Willen des Erblassers ein beschränkter sein, aber der Erblasser ist nicht imstande, die gesetzliche Wirkung desselben ganz auszuschließen.“ [7])

---

[6]) Ueber die Gründe siehe Mot. V, S. 298, 305.

[7]) Planck Bem. 4 zu § 2257. A. M. Staudinger Anm. IV zu §§ 2253 bis 2257, Endemann, § 68 bei N. 13, OLG. Bd. 20, S. 431.

Leonhard Bem. IV zu § 2257 läßt diese Wirkung nicht eintreten, wenn ein darauf hingerichteter Wille ausdrücklich ausgesprochen wird.

§ 10.

Anfechtung und Widerruf des Widerrufs.

Der Widerruf ist, wenn er auch nur in negativer Hinsicht wirkt, doch eine letztwillige Verfügung, auf die die allgemeinen Vorschriften, also auch die gesetzlichen Bestimmungen betreffs der Anfechtung von letztwilligen Verfügungen (§§ 2078—2083 BGB.) Anwendung finden.

Für den Widerruf durch Testament nach § 2254 ist die Geltung der allgemeinen Grundsätze der letztwilligen Verfügungen unstreitig anerkannt, da diese Widerrufserklärung ohnedies der Form letztwilliger Verfügungen entspricht.

Anders ist es bei dem Widerruf nach § 2255, der die äußeren Formen letztwilliger Verfügungen nicht aufweist. Die Verschiedenheit von dem Widerruf nach § 2254 ist aber lediglich eine formelle. Die Wirkung der beiden Widerrufsarten ist, wie vorhergehend ausgeführt, ohne Unterschied. Der Widerruf eines Testaments durch Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde wird also, trotz Fehlens der äußeren Zeichen letztwilliger Verfügungen von dem Gesetz doch sachlich als solche behandelt. Es kann daher kein Zweifel bestehen, daß auch der Widerruf nach § 2255 bei Vorliegen von Willensmängeln auf Seiten des Erblassers angefochten werden kann. [1])

In diesem Sinne hat sich auch das Reichsgericht in einer neueren Entscheidung ausgesprochen. Das Gesetz, so betont das Reichsgericht, findet in der Vernichtung vorbehaltlich des Gegenbeweises die Erklärung des Willens des Erblassers, das Testament aufzuheben. Da diese Willenserklärung eine Aenderung der bisherigen erbrechtlichen Bestimmungen des Erblassers herbeiführt und mithin die Regelung des Schicksals seines Vermögens für die Zeit nach seinem Tode zum Gegenstand hat, ist sie als letztwillige Verfügung anzusehen, die, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen, der Anfechtung unterliegt. [2])

---

[1]) Vergl. Plauck Bem. I zu § 2255 und II zu 2256, Staudinger Bem. IV zu §§ 2253—2257.

[2]) RGZ. Bd. 102, S. 69. ff.

Nicht aber ist der durch Rücknahme der Urkunde aus der amtlichen Verwahrung nach § 2256 eingetretene Widerruf anfechtbar, da in diesem Falle ja der Wille des Erblassers überhaupt keine Rolle spielt.

Zur Anfechtung des Widerrufs ist nach § 2080 BGB. derjenige berechtigt, dem die Aufhebung der Verfügung, hier also des Widerrufs unmittelbar zustatten kommen würde, nicht also entgegen den allgemeinen Bestimmungen der §§ 119 ff und den Vorschriften über den Erbvertrag (§ 2281 Abs. I) der Erblasser selbst.

Die Anfechtung bewirkt nach § 142 BGB., daß die angefochtene letztwillige Verfügung als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Das aufgehobene Testament erlangt daher, da seinem Vollzuge nur die Widerrufserklärung entgegensteht, wieder volle Wirksamkeit. Dabei ist es nicht, wie im Falle des Widerrufs, von Bedeutung, in welcher Form die ursprüngliche letztwillige Verfügung widerrufen wurde. Die bereits dargelegten Gründe, die den Gesetzgeber zu der einschränkenden Bestimmung des § 2257 BGB. veranlassten, kommen hier nicht in Betracht, da sich zumeist erst nach dem Tode des Erblassers herausstellt, daß dieser sich bei dem Widerruf in einem Irrtum befunden hat. [3])

Der Widerruf kann auch widerrufen werden und zwar in jeder der drei Formen der §§ 2254, 2255 und 2256. Im Gegensatz zur Anfechtung hat aber nur der Widerruf eines durch Testament erfolgten Widerrufs die Wirkung des § 2257 zur Folge.

In den Fällen der §§ 2255, 2256 steht dem Erblasser zur Rückgängigmachung des Widerrufs also nur die Möglichkeit der Errichtung einer neuen letztwilligen Verfügung positiven Inhalts offen; denn der Widerruf kann nicht dadurch wirkungslos gemacht werden, daß die vorhandenen oder fehlenden Merkmale, die die Widerrufswirkung bedingen, lediglich behoben werden.

Das bloße Rückgängigmachen der an der Testamentsurkunde vorgenommenen Veränderungen, wie etwa Zusammenkleben der zerrissenen Teile der Urkunde, Ausradieren oder Unterpunktieren

[3]) Vergl. RGZ. a. a. O.

der Durchstreichungen ändert an der Wirksamkeit des Widerrufs ebensowenig, wie die bloße neuerliche Übergabe der entnommenen Schriftstücke zur amtlichen Verwahrung.

II. Der Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments.

§ 11.

Der Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments und der gemeinschaftliche Widerruf der wechselbezüglichen Verfügungen.

Ehegatten (nicht auch Verlobten) ist es nach unserem Recht gestattet, ein gemeinschaftliches Testament zu errichten. In diesem Falle tritt nicht eine Verbindung von zwei Testamenten zu einem einheitlichen Testament über den gesamten Nachlaß der Eheleute ein, sondern das gemeinschaftliche Testament besteht aus zwei Testamenten über zwei getrennte Nachlässe, die aber, da sie in einer einzigen Urkunde zusammengefaßt werden, äußerlich zu einem Testament vereinigt sind.

Sind in einem gemeinschaftlichen Testament Verfügungen enthalten, die von den Verfügungen des anderen Ehegatten derart abhängig gemacht werden, daß anzunehmen ist, daß die Verfügungen des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würden, so spricht man von korrespektiven oder wechselbezüglichen Verfügungen. (§ 2270 BGB). [1]

Für den Widerruf der gemeinschaftlichen Verfügungen finden die Vorschriften über den Widerruf von Testamenten (§§ 2253—2257) Anwendung, soweit nicht das Gesetz, wie dies bei den wechselbezüglichen Verfügungen geschehen ist, hiefür besondere Bestimmungen trifft.

---

[1]) Über „Gemeinschaftliches Testament und wechselbezügliche Verfügungen" vergl. Planck allg. Bem. vor § 2265 und Bem. zu § 2270; Staudinger Bem. zu §§ 2265, 2270, RGRK. Bem. zu §§ 2265, 2270.

Ein reziprokes Testament liegt vor, wenn Ehegatten sich in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig bedenken. Die korrespektive Natur eines solchen Testaments ist im Zweifel anzunehmen. (§ 2270 Abs. II).

Der Widerruf, der in einem gemeinschaftlichen Testament niedergelegten Verfügungen kann durch einen gemeinschaftlichen Akt der beiden Ehegatten in allen Formen der §§ 2253 bis 2256 und durch einen zwischen den Ehegatten nach Maßgabe des § 2289 Abs. I Satz I abgeschlossenen Erbvertrag geschehen.

Daß der Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments von den Ehegatten jederzeit gemeinschaftlich widerrufen werden kann, ergibt sich aus der Natur der Sache und läßt sich auch durch verschiedene Bestimmungen des Gesetzes einwandfrei nachweisen.

Der Widerruf kann durch ein neues gemeinschaftliches Testament erklärt werden, was per argumentum a maiori ad minus aus § 2292 BGB. zu folgern ist.

Der Widerruf kann auch durch Zurücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung geschehen. § 2256 hat aber durch § 2272 eine Erweiterung dahin erhalten, daß die beiden Ehegatten die Rückgabe gemeinschaftlich verlangen müssen, und daß die Rückgabe an einen Ehegatten nur bei gleichzeitiger und persönlicher Anwesenheit der beiden Ehegatten erfolgen darf.[2]) Daraus ergibt sich, daß § 2272 nur Anwendung finden kann, solang beide Ehegatten leben. Mit dem Tode des einen Ehegatten kann also das gemeinschaftliche Testament überhaupt nicht mehr aus der amtlichen Verwahrung genommen werden.

Die Aushändigung der Testamentsurkunde darf auch dann nicht erfolgen, wenn der Überlebende, weil er das ihm Zugewendete ausschlägt, nach § 2271 Abs. II an sein Testament nicht mehr gebunden ist.[3]) Eine gegenteilige Ansicht würde der ausdrücklichen Vorschrift des § 2272 widerstreiten, zumal ein Erblasser ein Interesse daran haben kann, daß seine Verfügungen auch nach seinem Tode in der amtlichen Verwahrung bleiben. Hat die Eröffnung des gemeinschaftlichen Testaments bereits stattgefunden, so würde der Rückgabe auch die Bestimmung des

[2]) Diese Vorschrift bezieht sich auch auf ein nach § 2231 Ziff. 2 und § 2267 errichtetes und von den Ehegatten nach § 2248 freiwillig in die amtliche Verwahrung gebrachtes gemeinschaftliches Testament, obgleich dadurch die Gültigkeit des Testaments nicht berührt wird.

[3]) Vergl. Planck Bem. 2 zu § 2272.

§ 2273 BGB. entgegenstehen, wonach die Urschrift wieder verschlossen wird und in der amtlichen Verwahrung verbleibt.

Dagegen ist die Rückgabe nach Scheidung der Ehe nicht ausgeschlossen. Die rechtsgültige Ehe ist lediglich Voraussetzung für die Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments, nicht aber für die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung. Der Sinn des § 2272 ist allein, daß das gemeinschaftliche Testament nur den Errichtern gemeinschaftlich zurückgegeben werden darf; das Bestehen der Ehe ist in diesem Zeitpunkt bedeutungslos. „Die Bezeichnung „beide Eheleute" besagt vielmehr nur, dass diejenigen Personen, die nach § 2265 das gemeinschaftliche Testament errichtet haben und die damals allerdings Eheleute sein mußten, es auch nur gemeinschaftlich zurücknehmen können, wobei gleichgültig ist, ob sie noch Eheleute sind." [4]

Die Widerrufswirkung tritt erst mit der Entgegennahme des Testaments ein. Können sich also die Ehegatten nicht darüber einig werden, wem von ihnen die Urkunde zurückgegeben werden soll, so müßte die Rückgabe von dem Verwahrungsbeamten überhaupt verweigert werden. Erfolgt sie dennoch, oder wird das Testament nur versehentlich an einen Ehegatten ausgehändigt, so knüpft sich an diese Rücknahme des Testaments, auch wenn es in öffentlicher Form errichtet worden ist, keine Widerrufswirkung.

Nach § 2256 muß, wenn der Rückgabe die aufhebende Wirkung zukommen soll, der Erblasser bei der Entgegennahme der Urkunde zur Widerrufserklärung rechtlich fähig sein. Bei dem gemeinschaftlichen Testament ist es daher notwendig, daß die beiden Ehegatten im entscheidenden Augenblick die Widerrufsfähigkeit besitzen.

Für den Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments durch Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde hat das Gesetz keine besonderen Bestimmungen getroffen. Es greift deshalb § 2255 ein. Gemeinschaftlich kann darnach eine letztwillige

---

[4]) OLG. Bd. 32, S. 74 ff = RJA. Bd. 14, S. 266.

Verfügung in der Weise widerrufen werden, daß die Vernichtung der Urkunde oder die Veränderung, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben ausgedrückt zu werden pflegt, in beiderseitiger Widerrufsabsicht vorgenommen wird. Da im übrigen die allgemeinen Grundsätze Anwendung finden, braucht die äußere Einwirkung auf die Urkunde nicht von den beiden Ehegatten vorgenommen werden. Es muß auch hier als genügend erachtet werden, wenn die objektiven Voraussetzungen des § 2255 durch einen Erblasser mit der Einwilligung des anderen geschaffen wurden. [5])

Der Erblasser kann aber auch einseitig seine in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen letztwilligen Verfügungen, soweit sie mit Verfügungen des anderen Ehegatten nicht in einem wechselbezüglichen Verhältnis stehen, nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 2253 ff widerrufen.

Der einseitige Widerruf durch Rücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung ist jedoch ausgeschlossen, da nach § 2272 die Urkunde nur von den beiden Ehegatten zurückgenommen werden kann.

Aber auch die Anwendung des § 2255 muß für den einseitigen Widerruf zweifelhaft erscheinen. Das Gesetz hat wohl für das gemeinschaftliche Testament in Bezug auf die Widerrufsart des § 2255 keine besonderen Vorschriften aufgestellt, sodaß die Ansicht, daß die allgemeinen Grundsätze, die für den Widerruf des Testaments gelten, auch in diesem Falle ohne weiteres Anwendung finden, sich formell rechtfertigen läßt. Der Natur der Sache nach wird aber wohl der gegenteilige Standpunkt, daß der Widerruf durch Vernichtung oder Vornahme von Veränderungen nur von den beiden Ehegatten gemeinschaftlich erklärt werden kann, einzunehmen sein. Die Urkunde ist gemeinschaftlicher Träger der letztwilligen Verfügungen beider Ehegatten. Jeder Ehegatte hat daher ein Interesse daran, daß der äußere Zustand der Urkunde unversehrt erhalten bleibt, und daß Einwirkungen in der Absicht, ein Testament oder einzelne darin enthaltene Ver-

[5]) Vergl. Planck Bem. 3 zu § 2272, Strohal § 43 a N. 4.

fügungen aufzuheben, nur mit seinem Einverständnis vorgenommen werden. Liegt diese Willensübereinstimmung nicht vor, so ist die nur von einem Ehegatten vorgenommene Vernichtung oder Veränderung des Testaments ohne jede rechtliche Wirkung, und zwar bleiben auch die Verfügungen desjenigen Ehegatten bestehen, der die Aufhebung beabsichtigte. [6])

Es ist dem Erblasser aber auch gestattet, wechselbezügliche Verfügungen zu widerrufen. Das Gesetz stellt jedoch in § 2271 hiefür besondere, von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Bestimmungen auf. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem Widerruf bei Lebzeiten der beiden Ehegatten und dem Widerruf nach dem Tode eines derselben.

Der Widerruf bei Lebzeiten der beiden Ehegatten hat nach § 2271 Absatz I in Verbindung mit § 2296 durch eine dem anderen Ehegatten gegenüber abzugebende gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung stattzufinden.

Mit dem Tode eines Ehegatten erlischt das Widerrufsrecht für den anderen Teil. Der Ueberlebende kann seine Verfügungen nur aufheben, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt.

Die im Absatz I, Satz I des § 2271 niedergelegte Widerrufsart ist aber nicht die einzige, durch die wechselbezügliche Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments aufgehoben werden können. § 2271 betrifft selbstverständlich nur den einseitigen Widerruf eines Ehegatten. Satz 2 des Absatz I, „durch eine Verfügung von Todeswegen kann ein Ehegatte bei Lebzeiten des anderen seine Verfügungen nicht einseitig aufheben," kann nämlich nur dahin aufgefaßt werden, daß zwar für den einseitigen Widerruf allein der im Satz I des § 2271 gewiesene Weg in Betracht kommt und daß die Aufhebung auch nicht einseitig durch ein neues inhaltlich widersprechendes Testament (§ 2258), die an sich keines förmlichen Widerrufs bedarf, erfolgen kann, daß

---

[6]) Vergl Planck Bem. 3 zu § 2272; Staudinger Bem. 2 zu § 2272; grundsätzlich auch Strohal § 43a, II, 2, der aber eine Abweichung dann gelten läßt, wenn jeder Erblasser die von ihm ausgehenden Verfügungen besonders niedergeschrieben hat. A.M. Kretzschmar § 48, N. 37.

darüber hinaus es den Ehegatten aber freigestellt ist, wechselbezügliche Verfügungen unter Beachtung der bereits aufgestellten Grundsätze auch gemeinschaftlich zu widerrufen. [7])

Eine andere Widerrufsmöglichkeit läßt aber das Gesetz nicht zu. Vor allem ist der Widerruf eines Ehegatten lediglich mit formloser Zustimmung des anderen Teils ohne rechtliche Bedeutung. [8])

III. Der einseitige Widerruf von wechselbezüglichen Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments.

§ 12.

Der Widerruf bei Lebzeiten beider Ehegatten.

Der einseitige Widerruf von Erbeinsetzungen, Vermächtnissen oder Auflagen, die mit Verfügungen des anderen Ehegatten in einem wechselbezüglichen Verhältnis stehen (§ 2270 Absatz III) ist, wie bereits bemerkt, an die Formvorschrift des § 2296 BGB. geknüpft. Verschiedene Bestimmungen des gemeinschaftlichen Testaments hinsichtlich der Form (2271 Absatz I, § 2296), der Gebundenheit des überlebenden Teiles (§ 2271 Absatz II, § 2298 Absatz II Satz 2), der Ausnahmebestimmung von dieser Bindung (§ 2271 Absatz II, III, § 2289 Absatz II, § 2294) haben also eine Parallele in dem unter Vorbehalt des Rücktritts geschlossenen Erbvertrag gefunden.

Die gerichtlich oder notariell beurkundete [1]) Erklärung muß dem anderen Ehegatten gegenüber persönlich abgegeben werden, da nach § 2296 BGB. der Rücktritt nicht durch einen Vertreter erfolgen kann. Der Widerruf durch einen geschäftsunfähigen Ehegatten ist hienach ausgeschlossen, nicht aber der Widerruf des nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Ehegatten, der hiezu auch nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf. Diese Grundsätze würden allerdings auch dann Anwendung gefunden haben, wenn das Gesetz hierüber nicht ausdrück-

---

[7]) Planck Bem. II 2b zu § 2271; RGRK Bem. 1 zu § 2271, Strohal § 43, II 4a.

[8]) A. A. Strohal in seinen früheren Aufl. (2. Aufl. S. 185 ff.); vergl. jetzt 3. Aufl. § 43a Note 15.

lich Bestimmungen getroffen hätte, da unzweifelhaft der Widerrufserklärung im Sinne des § 2271 Absatz I Satz I der Charakter einer Verfügung von Todeswegen zukommt, sodaß ohne weiteres auch § 2229 BGB. eingegriffen hätte.

Die Widerrufserklärung hat gegenüber dem anderen Teil zu erfolgen. Verweigert dieser die Annahme der Widerrufserklärung vor Gericht oder dem Notar, so muß sie ihm, da es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, nach Maßgabe der §§ 130 — 132 BGB. übermittelt werden.

Die Uebermittlung kann an und für sich formlos erfolgen. Die Erklärung kann nach § 132 Absatz I aber auch durch Vermittlung eines Gerichtsvollziehers, und, wenn der Aufenthalt des anderen Teils unbekannt ist, gemäß § 132 Absatz II aber auch nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der RCPO. (§§ 204 — 206) zugestellt werden.

Die Folgerungen, die sich aus § 2271 Absatz I Satz I ergeben, haben hinsichtlich der praktischen Auswirkung und der Zweckmäßigkeit verschiedene Bedenken erfahren. Der Gegensatz zwischen der Vorschrift des § 2271 Absatz I Satz I und den Bestimmungen betreffs Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments erscheint allerdings ungewöhnlich. Obwohl ein gemeinschaftliches Testament ohne Beisein eines Richters oder Notars in eigenhändiger Form errichtet werden kann, bestimmt doch das Gesetz, daß die in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen wechselbezüglichen Verfügungen nur unter Mitwirkung eines Richters oder Notars einseitig widerrufen werden können. Es kann auch nicht bestritten werden, dass diese Widerrufsform für den schwächeren Teil „eine bedenkliche Beschränkung der Widerrufsfreiheit" zur Folge hat. Trotz alledem darf auch der große Vorteil dieser Bestimmung nicht verkannt werden, der sicherlich darin gesehen werden darf, „daß der Widerruf einer korrespektiven Verfügung nicht hinter dem Rücken des anderen Ehegatten erfolgen kann

---

[1]) Die Beurkundung hat gemäß §§ 186 ff FGG zu geschehen, nicht nach § 2233 BGB., der allein die Form der Errichtung eines öffentlichen Testaments betrifft.

und daß beiden Teilen der Beweis des Widerrufs gesichert wird." (Plank Bem. II, 2a zu § 2271; Vergl. hiezu Strohal § 43a, Note 12).

Die Widerrufswirkung tritt bei Abgabe der Erklärung unter Abwesenden nicht erst mit der Kenntnis des Inhalts, sondern bereits in dem Zeitpunkt ein, wo sie diesem zugeht.

Ohne Einfluß auf die Wirksamkeit des Widerrufs ist es auch, wenn der Widerrufende stirbt, bevor die Erklärung dem anderen Ehegatten zugegangen ist, vorausgesetzt aber, daß dieser alles getan hat, was von seiner Seite aus geschehen muß, damit die Erklärung in den Bereich des Erklärungsgegners gelangen kann. (§ 130 Abs. II) [2]

Der Widerruf, der einem geschäftsunfähigen Ehegatten gegenüber erklärt wird, wird erst wirksam, wenn der gesetzliche Vertreter davon Kenntnis erhält. (§ 131 Abs. I). Aus Abs. II des § 131 ist ferner zu folgern, daß auch bei beschränkter Geschäftsfähigkeit des anderen Teils, wenn nicht der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung hiezu erteilt hat, die Wirkung der Widerrufserklärung erst eintritt, wenn sie dem Vertreter zugeht, da von der Erreichung eines lediglich rechtlichen Vorteils für den in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Ehegatten nicht gesprochen werden kann.

Man muß aber Strohal [3] wohl darin beipflichten, daß dieses Ergebnis sachlich nicht befriedigend ist, „weil die Tendenz der Vorschrift des § 2271 Abs. I Satz I doch offenbar dahingeht, daß der andere Teil durch den ihm bekannt gewordenen Widerruf des einen Teils in die Lage versetzt werde, die von ihm selbst getroffene und nunmehr unwirksam gewordene Verfügung von Todeswegen zu ersetzen." Die Person des gesetzlichen Vertreters spielt aber in diesem Falle überhaupt keine Rolle; denn eine neue Verfügung von Todeswegen kann allein und zwar ohne dessen Zustimmung, nur von dem anderen Teile errichtet werden. Die Anwendung des § 131 Absatz 2 nötigt aber auch folgerichtig

---

[2]) RGZ. Bd. 65, S. 270.

[3]) Strohal § 43a, Note 10.

zu der Ansicht, daß es bei Erklärung des Widerrufs gegenüber dem gesetzlichen Vertreter nicht darauf ankommt, daß der vertretene Ehegatte von dem Widerruf Kenntnis erhält,[4]) eine Folgerung, die offensichtlich der Absicht des § 2271 Absatz I Satz I widerstreitet. Es ist deshalb die Frage schon berechtigt, ob nicht diese Bestimmung durch ihren Inhalt überhaupt stillschweigend den Absatz II des § 131 BGB. ausschließt. Auf alle Fälle wird sich aber, wie Strohal a. a. O. zutreffend bemerkt, die Rechtsanwendung wohl veranlaßt sehen, „in denjenigen Fällen, in welchen der andere Teil trotz seiner nur beschränkten Geschäftsfähigkeit testierfähig ist, die Abgabe der Erklärung gegenüber dem anderen Teil selbst für maßgebend zu erachten."

Die Widerufsform des § 2271 Absatz I Satz I findet nur bei wechselbezüglichen Verfügungen Anwendung. Beim einseitigen Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments, das sowohl wechselbezügliche als auch gewöhnliche Verfügungen enthält, kann daher nicht allein in der Form des § 2296 erfolgen, sondern der Widerrufende muß sich noch einer der Formen der §§ 2254—2256 BGB. bedienen.

Erleichterungen hinsichtlich der Form des § 2273 Absatz I Satz I können durch Bestimmungen des gemeinschaftlichen Testaments für den einseitigen Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen nicht getroffen werden. Die Fälle, die bei Planck und Strohal[5]) aufgeführt werden, stellen keine Erleichterung gegenüber der Bestimmung des § 2271 Absatz I Satz 2 dar, sondern berühren die Verfügungen von vorneherein in ihrem wechselbezüglichen Verhältnis. Wenn in dem gemeinschaftlichen Testament ein Ehegatte für „befugt" erklärt wird, beim Eintritt eines gewissen Umstandes eine wechselbezügliche Verfügung zu widerrufen, ohne daß dadurch die entsprechende Verfügung des anderen Ehegatten in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigt werden soll, oder, wenn sich der eine Ehegatte einverstanden erklärt, daß der andere Ehegatte seine Verfügung einseitig aufheben kann, so muß man im ersteren Falle sagen, daß eben mit Eintritt des besonderen Umstandes der

---

[4]) So Planck Bem. II, 2a zu § 2271.

[5]) Planck Bem. II 6 zu § 2271, Strohal § 43a II, 4a.

wechselbezügliche Charakter dieser Verfügungen entfällt, während im letzteren Falle überhaupt nicht von einer wechselbezüglichen Verfügung gesprochen werden kann.

§ 2291 gestattet den Widerruf einer vertragsmäßigen Verfügung, durch die ein Vermächtnis oder eine Auflage angeordnet ist, durch ein gewöhnliches Testament, wenn der andere Vertragsschließende seine Zustimmung hiezu durch gerichtliche oder notariell beurkundete Erklärung erteilt. Bei der großen Ähnlichkeit des wechselbezüglichen Testaments mit dem Erbvertrag dürfte diese Bestimmung auch auf die in einem gemeinschaftlichen Testament errichteten wechselbezüglichen Vermächtnis- und Auflageverfügungen analoge Anwendung finden. [6])

Eine Einschränkung des allgemeinen Grundsatzes von § 2271 Abs. I Satz 1 hat das Gesetz selbst ausdrücklich im Abs. III dieser Bestimmung ausgesprochen. Danach kann ein Erblasser, wenn ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling der Ehegatten oder eines der Ehegatten durch eine wechselbezügliche Verfügung bedacht ist und sich der Bedachte in solchem Maße der Verschwendung ergeben hat oder in einem solchen Maße überschuldet ist, daß sein späterer Erwerb erheblich gefährdet wird, sowohl bei Lebzeiten, wie nach dem Tode des anderen Gatten, einseitig durch letzwillige Verfügung Pflichtteilsbeschränkungen nach Maßgabe des § 2238 BGB. anordnen.

Durch ein bestehendes wechselbezügliches Testament ist aber keiner der Ehegatten gehindert, ein neues inhaltlich abweichendes Testament zu errichten. Die Ehegatten sind nämlich dadurch nicht in ihrer Testierfähigkeit beschränkt, sondern die wechselbezüglichen Verfügungen behindern nur jede weitere letztwillige Verfügung in ihrer Wirksamkeit. Wird daher die wechselbezügliche Verfügung widerrufen, so gelangt ein schon vor dem Widerruf errichtetes Testament zur vollen Wirksamkeit.

Ein Widerruf des nach § 2271 Abs. I Satz 1 erklärten Widerrufs ist aber nicht mehr möglich. Eine ausdrückliche Bestimmung

---

[6]) Vergl. Strohal § 43a, II, 4a, dagegen Planck Bem. II, 2b zu § 2271.

hat das Gesetz nicht getroffen und § 2257 kommt nicht in Betracht, da er einen Widerruf durch Testament zur Voraussetzung hat.

Die Wirkung des Widerrufs ist in § 2270 Abs. I bezeichnet. Hienach hat der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der entsprechenden Verfügung des anderen Ehegatten zur Folge. Dies braucht aber nicht ausdrücklich erklärt zu werden, da dieser Erfolg ohne Rücksicht auf den Willen des anderen Ehegatten eintritt. Die Wirksamkeit wird auch nicht durch eine stillschweigende oder ausdrückliche Bestätigung erreicht, sondern der andere Vertragsteil muß, wenn er bei seinen Verfügungen verbleiben will, sie von neuem errichten.

§ 13.

Der Widerruf nach dem Tode des einen Ehegatten.

Dem Wesen der wechselbezüglichen Verfügungen entspricht die Bestimmung des § 2271 Abs. II, wonach grundsätzlich mit dem Tode des anderen Ehegatten für den Überlebenden die Gebundenheit an die im gemeinschaftlichen Testament von ihm errichteten Verfügungen eintritt. Der Widerruf wechselbezüglicher Zuwendungen an dritte Personen oder wechselbezüglicher Auflagen — wechselbezügliche Verfügungen zu Gunsten des zuerst verstorbenen Ehegatten werden nach §§ 1923, 2160 BGB. an und für sich unwirksam — ist also ausgeschlossen. Ausgeschlossen ist auch, daß solche Verfügungen, ohne sie formell zu beseitigen, in ihrem Inhalt durch Hinzufügung von Beschwerungen oder Beschränkungen abgeändert werden. Der überlebende Gatte kann daher einen Erben auch nicht mehr mit einem Vermächtnis belasten oder einen Testamentsvollstrecker ernennen.

Das Recht zum Widerruf erlischt im Gegensatz zum PrALR II 1 § 492 und zum gemeinen Recht, für das der Zeitpunkt der Annahme der Zuwendung maßgebend war, mit dem Tode des einen Ehegatten.

Die volle Widerrufsfreiheit erlangt aber der Überlebende wieder,

1. wenn er das ihm von dem Zuerstverstorbenen Zugewendete ausschlägt (§ 2271 Abs. II, Satz 1), oder auch nach Annahme der Zuwendung,

2. wenn sich der vom Widerrufenden Bedachte einer Verfehlung schuldig macht, die diesen zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt oder, falls der Bedachte nicht zu dem Pflichtteilsberechtigten gehört, zu der Entziehung berechtigen würde, wenn der Bedachte ein Abkömmling des Erblassers wäre. (§ 2271 Abs. II Satz 2.).

Zu 1. Wie bereits eingangs bemerkt wurde, ist aus dem Wortlaut des § 2271 Abs. II zu schließen, daß die Gebundenheit an die wechselbezüglichen Verfügungen schon mit dem Tode des einen Ehegatten eintritt, daß der überlebende Ehegatte seine Widerrufsfreiheit aber durch Ausschlagung des ihm Zugewendeten wieder erlangt. Der praktisch häufigere Fall wird der sein, daß der Überlebende durch die wechselbezügliche Verfügung des Vorverstorbenen allein bedacht ist und daß er sich noch vor seinem Tode über die Annahme oder Ausschlagung der Zuwendung erklärt. Die Aufhebung der wechselbezüglichen Verfügungen des überlebenden Ehegatten wird aber nicht schon durch die Ausschlagung erreicht, sondern es ist damit nur die Voraussetzung für einen Widerruf geschaffen. Die Aufhebung kann aber nicht, wie Cosack [1]) aus den Worten des Gesetzes „der Überlebende kann jedoch seine Verfügung aufheben, wenn etc. . .“ folgern will, lediglich durch ein neues inhaltlich abweichendes Testament (§ 2258), sondern auch durch Widerruf (§§ 2253—2256) und Erbvertrag (§ 2259) geschehen. Die sicherlich rechtsirrtümliche Auffassung Cosack's wurzelt in der Verkennung des Begriffes „Aufhebung“, der sich nicht nur auf den Fall des § 2258 beschränkt, sondern als Gesamtbezeichnung die Fälle der §§ 2253—2258 umfaßt. [2])

Nimmt der Überlebende die Zuwendung an, oder wird die Ausschlagungsfrist versäumt, so kann die wechselbezügliche Verfügung nicht mehr aufgehoben werden. Mit Recht läßt Planck [3]) die Gebundenheit auch dann eintreten, wenn der überlebende Ehegatte geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist und dessen gesetzlicher Vertreter die Ausschlagung unterläßt.

---

[1]) Cosack § 360 IV 3e.

[2]) Strohal § 43a Note 22, Planck Bem. IV 1c, RGRK Bem. 4 zu § 2271.

[3]) Planck Bem. IV 1d zu § 2271.

Die Tatsache, daß die Aufhebung nur nach Ausschlagung des Hinterlassenen erklärt werden kann, hindert den überlebenden Ehegatten aber nicht, schon vor dem Zeitpunkt eine aufhebende Verfügung zu errichten, die dann nach rechtzeitig erklärter Ausschlagung voll wirksam wird. Diese Möglichkeit geht aus dem Wortlaut des Abs. II Satz I und aus der Rückbeziehung der Ausschlagung auf die Zeit des Erbfalls (§ 1953 Abs. I) hervor.

Hat der überlebende Ehegatte eine aufhebende Verfügung errichtet und ist er ohne Erklärung der Ausschlagung verstorben, so entsteht die Frage, ob die Ausschlagung mit der oben bezeichneten Wirkung auch durch seine Erben erfolgen kann. Die Vererblichkeit des Ausschlagungsrechts nach §§ 1952, 2180 Abs. III besteht ja selbstverständlich auch bei wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament, eine Ausschlagung, welche die in Frage kommende Wirkung zur Folge haben soll, kann aber wohl nur allein von dem überlebenden Gatten vorgenommen werden. [4])

Das bürgerl. Gesetzbuch hat nämlich gegenüber dem früheren Recht eine grundsätzliche Änderung in der Konstruktion vorgenommen. Während nach letzterem die Wirksamkeit einer vom gemeinschaftlichen Testament inhaltlich abweichenden Verfügung schon gegeben war, wenn der überlebende Ehegatte die Zuwendung noch nicht angenommen hatte, ist nach BGB., da die Gebundenheit schon mit dem Tode des einen Ehegatten eintritt, die Ausschlagung durch den Überlebenden unbedingte Voraussetzung für die Wirksamkeit der Aufhebungserklärung. Hat der überlebende Ehegatte die Ausschlagung versäumt oder kann er nicht mehr ausschlagen, weil er in der Zwischenzeit verstorben ist, so ist die Gebundenheit eine endgültige und die neue Verfügung von Todeswegen ungültig.

Der gegenteiligen Ansicht würde aber noch eine Schwierigkeit entgegenstehen, die Planck [5]) mit Recht als unlösbar bezeichnet und zwar in dem Falle, wenn durch die neue Verfügung an Stelle des in dem gemeinschaftlichen Testament bezeichneten Erben ein

---

[4]) Vergl. Planck Bem. IV 1a zu § 2271, A. A. Strohal § 43a Note 28; teilweise auch RGRK. Anm. 4 zu § 2271.

[5]) Bem. IV 1a zu § 2271.

anderer gesetzt wird. „Denn, dem nach dem neuen Testament Berufenen kann die Ausschlagungsbefugnis nicht zugestanden werden, weil seine Berufung erst durch die Ausschlagung Kraft gewinnen soll; der nach dem gemeinschaftlichen Testamente Berufene aber würde, wenn die Ausschlagung die Wirkung hätte, das gemeinschaftliche Testament zu beseitigen, mit der Ausschlagung sich selbst die Legitimation zur Ausschlagung entziehen." Dieser letztere Gesichtspunkt soll aber nicht die Unmöglichkeit der Annahme des Gegenteils beweisen, sondern nur die dadurch entstehenden Schwierigkeiten hervorheben. Eine Ausschlagung durch den Erben des überlebenden Ehegatten mit der in Rede stehenden Wirkung ist deshalb auch in den Fällen nicht möglich, wo diese Schwierigkeit nicht besteht, wie z. B., wenn die vom Überlebenden errichtete und später aufgehobene wechselbezügliche Verfügung keine Erbeinsetzung ist oder wenn der Nachlaß an seine gesetzlichen Erben fällt.

Die vom Gesetz verlangte Ausschlagung der Zuwendung des Erstverstorbenen setzt voraus, daß dem Überlebenden in dem gemeinschaftlichen Testament überhaupt etwas, entweder als Erbe oder Vermächtnisnehmer, hinterlassen wird. Ist daher die Verfügung nur zu Gunsten eines Dritten getroffen, so ist eine Ausschlagung durch den Überlebenden überhaupt nicht möglich. Es bleibt mithin die Frage offen, ob nicht die Ausschlagung durch den Dritten der Ausschlagung durch den überlebenden Ehegatten gleich zu achten ist. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muß diese Möglichkeit wohl verneint werden. [6])

Wurden sowohl der Ueberlebende, als auch ein Dritter in dem gemeinschaftlichen Testament bedacht, so muß aus der Fassung des § 2271 Absatz II zweifelsfrei gefolgert werden, daß die durch den überlebenden Ehegatten erklärte Ausschlagung des ihm angefallenen Erbteils, ungeachtet des Wertverhältnisses in dem die beiden Verfügungen zueinander stehen, [7]) diesem die Widerrufsfreiheit verschafft. Wurde die Ausschlagung erklärt, so ist, wenn nach dem Tode des überlebenden Ehegatten die Aufhebung der wechselbezüg-

[6]) Vergl. Strohal § 43a N. 31; Planck Bem. IV. 1b zu § 2271.
[7]) A. A. Strohal § 43a II 4 b, bb.

lichen Verfügung feststeht, nach § 2270 Absatz I die Zuwendung des Vorverstorbenen zu Gunsten des Dritten als rückwirkend unwirksam zu erachten. Nicht einig gehen kann man wohl mit Planck (a. a. O.), der die Unwirksamkeit der Verfügung zu Gunsten des Dritten schon in dem Zeitpunkt eintreten läßt, wo der Überlebende seine wechselbezügliche Verfügung aufhebt, sodaß die Verfügung auch dann unwirksam bleibt, wenn der Ehegatte seine Aufhebung wieder widerruft. Gegen diese Ansicht ist vor allem einzuwenden, „daß die von dem Überlebenden ausgesprochene Aufhebungserklärung für diesen zunächst ein internum bildet und deshalb nicht ohne weiteres die Unwirksamkeit der Zuwendung des verstorbenen Gatten an den Dritten zur Folge haben kann". [8]) Der Überlebende hat ja jederzeit die Möglichkeit, seine Aufhebungserklärung wieder aufzuheben. § 2270 Abs. I bestimmt wohl, daß der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge hat. Auf Fälle, wo die Aufhebungserklärung nicht mehr widerrufen werden kann, wie z. B. bei der Widerrufserklärung nach § 2271 Abs. I, der Fall, den § 2070 Abs. I vor allem im Auge hat, läßt sich diese Bestimmung ohne weiteres anwenden, andernfalls darf aber wohl nicht der Zeitpunkt der Aufhebungserklärung, sondern der Zeitpunkt, wo die Aufhebung tatsächlich feststeht, als maßgebend angesehen werden.

Nicht bestimmt und allgemein läßt sich die Frage beantworten, da eine Entscheidung aus dem Wortlaut der Bestimmung des § 2271 Abs. II nicht zu gewinnen ist, ob der überlebende Ehegatte zur Erlangung der Widerrufsfreiheit nach Ausschlagung der Zuwendung des Vorverstorbenen auch noch den ihm zustehenden gesetzlichen Erbteil ausschlagen muß. Wenn man überhaupt zu einem sachlich befriedigenden Ergebnis gelangen will, dann müssen zwei Möglichkeiten unterschieden werden. Ist die Zuwendung geringer als der gesetzliche Erbteil, so wird die Bejahung der Frage der Absicht des Gesetzes am meisten gerecht werden. Auf den gegenteiligen Standpunkt dagegen wird man sich stellen müssen, wenn durch eine, den gesetzlichen Erbteil erheblich übersteigende Zuwendung zum Ausdruck gebracht wird, daß gerade die Werthöhe des Zu-

[8]) Strohal § 43a Note 34.

gewendeten für die Errichtung der wechselbezüglichen Verfügung des überlebenden Ehegatten maßgebend war.

Wurde dem überlebenden Ehegatten letztwillig nichts hinterlassen, fällt ihm also allein der gesetzliche Erbteil an, so ist, da im letzteren Falle eine Zuwendung im eigentlichen Sinne nicht vorliegt, eine Ausschlagung mit der Folgewirkung des § 2271 Abs. II überhaupt nicht möglich. Immerhin ist aber im konkreten Falle zu erwägen, ob nicht das ungeschmälerte Belassen des gesetzlichen Erbteils durch den vorverstorbenen Ehegatten in Wechselbeziehung zu den Verfügungen des Überlebenden steht. Eine Wechselbezüglichkeit ist mit Planck [9]) sicherlich dann anzunehmen, „wenn die Ehegatten in Ermangelung naher Verwandter gesetzlich gegenseitig zu Alleinerben berufen sind, hievon in dem von ihnen errichteten gemeinschaftlichen Testament, ohne eine Bestimmung darüber zu treffen, ausgehen, dann aber bestimmen, daß die Verwandten beider Teile in näher bestimmter Art nach dem Tode des überlebenden Ehegatten den ganzen Nachlaß erhalten sollen." Schlägt in einem solchen Falle der Überlebende aus, so wird dadurch wohl auch die Gebundenheit an seine eigenen letztwilligen Verfügungen in Wegfall kommen.

Zu 2. Der rechtspolitische Grund der Bestimmung des § 2271 Abs. II Satz 2 ist darin zu suchen, daß der zuerstverstorbene Ehegatte bei Verfehlungen des Bedachten gegenüber dem Überlebenden billigerweise nicht verlangen kann, daß dieser seine Verfügungen zu Gunsten des Dritten aufrechterhält. Der Überlebende kann deshalb, ohne daß die ihm von dem Vorverstorbenen hinterlassene Zuwendung nach § 2270 unwirksam wird, seine Verfügungen, durch die derjenige, der sich der Verfehlung schuldig gemacht hat, bedacht ist, nach Maßgabe der §§ 2294, 2336 aufheben. Wirksam bleiben aber die Verfügungen, die der Vorverstorbene selbst zu Gunsten des Dritten getroffen hat. Eine Aufhebung durch den Überlebenden kommt nämlich, von dem Fall des § 2269 abgesehen, wo der überlebende Teil als der alleinige Erblasser des Gesamtnachlasses angesehen wird, [10]) nicht in Betracht.

[9]) Bem. IV 1b zu § 2271.

[10]) Plank Bem. IV 2 zu 2271; Strohal § 43a N. 38.

Die einzelnen Gründe, die die Gebundenheit des Überlebenden nach § 2271 Abs. II Satz 2 beseitigen, sind in den §§ 2333—2335 BGB. aufgezählt. § 2335 findet allerdings nur Anwendung, wenn der überlebende Gatte mit dem Bedachten eine Ehe eingegangen ist. Die Aufhebung geschieht durch eine letztwillige Verfügung, die den Grund der Aufhebung enthalten muß. Der Grund der Entziehung muß zur Zeit der Errichtung bestehen, den Beweis des Grundes hat der zu führen, der die Entziehung geltend macht. Hat der Bedachte einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel geführt, (§ 2333 Nr. 5) und wurde deshalb die Aufhebung ausgesprochen, so ist die Entziehung dann unwirksam, wenn der Bedachte zur Zeit des Erbfalls sich von diesem Lebenswandel dauernd abgewendet hat. (§ 2336).

Der Grundsatz der Gebundenheit des überlebenden Ehegatten wurde auch noch durch Abs. III des § 2271 durchbrochen, der eine Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht zuläßt. [11]) Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß außer den vom Gesetz zugelassenen Möglichkeiten noch in weiteren sich aus der Natur der Sache ergebenden Fällen dem überlebenden Ehegatten das Recht zur Aufhebung seiner wechselbezüglichen Verfügungen zuerkannt werden muß.

So wird ohne Zweifel ein überlebender Ehegatte über Vermögensstücke, die einem Dritten zugewendet waren, neuerdings verfügen können, wenn dieser vor dem Erbfall stirbt (§§ 1923, 2160) und, sofern es sich um einen Abkömmling des Erblassers handelt, dieser selbst keine Abkömmlinge hinterläßt.

---

[11]) Vergl. Planck Bem. V zu § 2271, Strohal § 43a II 4c.